

**María del Carmen BARRANCO AVILÉS, *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid, 2004, 158 pp.**

PATRICIA CUENCA GÓMEZ  
*Universidad Carlos III de Madrid*

**PALABRAS CLAVE:** interpretación jurídica, derechos fundamentales, justificación de la decisión, Tribunal Constitucional.

**KEY WORDS:** legal interpretation, fundamental rights, decision justification, Constitutional Court

El examen de la literatura jurídica de cualquier tiempo revela la fascinación que en la reflexión teórica acerca del Derecho ha venido suscitando el análisis del fenómeno interpretativo. Este permanente interés por el tema de la interpretación jurídica –que no se ha traducido en modo alguno en un consenso suficiente en torno a su comprensión– se explica, en gran medida, por su estrecha vinculación con cuestiones consideradas nucleares en el ámbito de la teoría jurídica. En este sentido se ha afirmado, creo que con razón, que la interpretación jurídica se presenta “como el principal banco de pruebas” de una teoría del Derecho<sup>1</sup>. Pues bien, puede decirse que la obra de la profesora M<sup>a</sup> del Carmen Barranco, *Derechos y decisiones interpretativas* se ocupa del análisis de esta difícil cuestión en su versión más controvertida y compleja centrándose en la interpretación de los derechos fundamentales y tomando como punto de referencia prioritario las decisiones interpretativas últimas, esto es, aquellas que provienen del máximo órgano competente en la determinación de su sentido.

Ciertamente, como afirma la autora, los problemas que plantea la interpretación jurídica se agudizan cuando se trata de la interpretación constitucional y en especial cuando su objeto son las disposiciones constitucionales materiales<sup>2</sup>. En todo caso, la convicción de que en el marco del actual Estado Constitucional la interpretación de los derechos se convierte en una cuestión

---

<sup>1</sup> L. PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 10.

<sup>2</sup> M. C. BARRANCO AVILÉS, *Derechos y decisiones interpretativas*, cit., p. 20.

sobre la que toda teoría de la interpretación –o al menos toda teoría interpretativa relevante en el contexto del paradigma constitucionalista– debe pronunciarse conduce a la profesora Barranco a orientar su interés hacia esta temática<sup>3</sup>.

Para entender cabalmente la relevancia de la interpretación *de* los derechos resulta esencial aludir a una segunda proyección del tema de la interpretación en este ámbito, esto es, a la interpretación *desde* los derechos<sup>4</sup>. Esta última dimensión pone de manifiesto que los derechos fundamentales, debido a su operatividad como criterios materiales de validez jurídica, inciden en toda labor interpretativa desarrollada en el seno del sistema

En cualquier caso, y aunque estas razones fundamentan sobradamente el acierto en la elección del tema, creo que esta opción no deja de estar relacionada con el interés constante que la profesora Barranco viene mostrando por la Teoría jurídica de los derechos<sup>5</sup>. En este sentido, conviene tener presente que el papel que los derechos desempeñan en el Derecho está condicionado de un modo básico por la postura que se mantenga acerca de su interpretación.

De otro lado, la preocupación que esta obra muestra por las decisiones interpretativas últimas se fundamenta en la problemática específica que plantean. En efecto, la peculiar situación del órgano que decide lleva aparejado el carácter definitivo de sus interpretaciones que no pueden ser rechazadas. Y, además, –aspecto relacionado con la interpretación *desde* los derechos a la que antes me referí– en el entramado institucional diseñado por el constitucionalismo la referencia a estas decisiones “últimas” implica el cuestionamiento del significado de los contenidos constitucionales, y, en este sentido, conduce a analizar la actuación del órgano encargado de controlar que el resto de interpretaciones sobre los derechos sean interpretaciones correctas.

Así, la profesora Barranco se enfrenta sin titubeos al estudio de la temática en la que “confluyen todos los problemas que plantea la interpretación

---

<sup>3</sup> Idem, p. 21.

<sup>4</sup> G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, con col. de R. de ASÍS ROIG, C. FERNÁNDEZ LIESA y A. LLAMAS GASCÓN, *Curso de derechos fundamentales*, pp. 574 y 575.

<sup>5</sup> Vid. M. C. BARRANCO AVILÉS, *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*, Cuadernos del Instituto “Bartolomé de las Casas”, Dykinson, Madrid, 1996 y M. C. BARRANCO AVILÉS *La Teoría jurídica de los derechos fundamentales* Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2000.

del Derecho”<sup>6</sup> desarrollando un riguroso y completo estudio caracterizado por su vocación desmitificadora, en mi opinión en ocasiones un tanto excesiva, y por su espíritu constructivo. Efectivamente, desde la atención preferente a los derechos, la obra se pronuncia sobre los tres aspectos esenciales de la interpretación jurídica: las cuestiones de validez y de justificación y los problemas de legitimidad del intérprete. Y, lejos de limitarse a ofrecer un panorama, más o menos desalentador, de las cuestiones tradicionalmente mal resueltas, o resueltas de manera ficticia, en estos ámbitos plantea vías de solución útiles –y lo que no suele ser habitual cuando se aborda el análisis del fenómeno interpretativo– coherentes con la orientación crítica que preside el conjunto del trabajo. Trataré en lo que sigue de sintetizar lo que entiendo son sus líneas básicas.

En su aproximación al análisis de la interpretación de los derechos se parte de determinados presupuestos –algunos de ellos ya implicados en la presentación hasta aquí realizada– que van siendo convenientemente justificados a lo largo del estudio y que marcan el itinerario que se sigue en la reflexión. A mi modo de ver, dichos presupuestos son susceptibles de reducirse a dos tesis básicas.

La primera de estas tesis consiste en entender la interpretación constitucional y, por tanto la interpretación de los derechos, como supuestos de interpretación del Derecho. A propósito de esta cuestión, el principal argumento que se esgrime consiste en la consideración de la Constitución como una auténtica norma jurídica<sup>7</sup>. A partir de esta premisa, la argumentación se desarrolla en tres pasos. Así, en primer término, se ofrece un análisis general de la interpretación jurídica (Capítulo II). En segundo lugar se aborda el estudio de la interpretación constitucional (Capítulo III) y finalmente la reflexión se proyecta sobre la interpretación de los derechos (Capítulo IV)<sup>8</sup>. La segunda tesis supone afirmar la existencia de una vinculación inherente en-

---

<sup>6</sup> M. C. BARRANCO AVILÉS, *Derechos y decisiones interpretativas*, cit., p. 60

<sup>7</sup> Idem, pp. 92 y ss.

<sup>8</sup> En todo caso, conviene tener presente que la identificación de la interpretación de los derechos llevada a cabo por el último órgano competente como la preocupación central del trabajo explica algunas acotaciones temáticas que se llevan a cabo en el análisis general de la interpretación jurídica, como el interés prioritario por la interpretación operativa y por la interpretación de las normas. No obstante, la obra trata también, de manera sucinta, el problema de la interpretación de los hechos y el papel del Parlamento como intérprete de la Constitución.

tre “el concepto de Derecho” y “la forma de entender la actividad interpretativa”<sup>9</sup>. En este sentido, una de las claves del trabajo radica en plantear como opciones últimas en la comprensión de lo jurídico la concepción voluntarista y la concepción racional (o sistemática)<sup>10</sup>. Pues bien, la profesora Barranco muestra desde el inicio –incluso en el propio título de la obra comentada– su preferencia por el voluntarismo, elección que repercute de un modo esencial en su visión del fenómeno interpretativo.

En mi opinión, puede resultar ilustrativo sintetizar su planteamiento aludiendo a las tomas de postura que va adoptando respecto de ciertas distinciones, dicotomías, modelos, polémicas y tensiones recurrentes en el tratamiento de la interpretación jurídica en general y de la interpretación de la Constitución y de los derechos en particular.

Así, la autora toma partido, en primer lugar, a favor del manejo de un concepto amplio de interpretación frente al concepto restringido<sup>11</sup>. Esta elección supone entender que la interpretación es una actividad presente en todo acto aplicación del Derecho y no sólo en los denominados casos difíciles –como sostienen los partidarios del concepto restringido– básicamente porque la calificación de un caso como fácil o difícil depende de una decisión discrecional del juez.

En segundo lugar, la profesora Barranco opta por separar los problemas relativos a la validez de la interpretación de los problemas que hacen referencia a su justificación<sup>12</sup> y se decanta por situar la posibilidad de control de las interpretaciones últimas exclusivamente en este segundo ámbito. Por su relevancia en el contexto general de la obra y porque se trata de uno de los puntos que me parecen discutibles me detendré en la explicación de esta idea.

El estudio del problema de la validez se plantea introduciendo una nueva disyuntiva a la que se enfrenta toda teoría de la interpretación, a saber, la consideración de la interpretación como creación o como investigación<sup>13</sup>. A su vez esta oposición se analiza a través del recurso a la conocida trilogía de modelos interpretativos planteada por Hart (el noble sueño, la vigilia y la pesadilla) que se presenta como expresión de tres propuestas sobre la vali-

<sup>9</sup> Idem, p. 14

<sup>10</sup> Idem, pp. 38 y ss.

<sup>11</sup> Idem, pp. 26 y 27.

<sup>12</sup> Idem, pp. 41 y ss.

<sup>13</sup> Idem, pp. 46 y ss.

dez de la interpretación relacionadas con otras tantas posiciones acerca de la determinación o indeterminación del Derecho. En este contexto, y de nuevo siendo consecuente con su opción por el voluntarismo, la profesora Barranco entiende la interpretación en términos de creación, esto es, de decisión y, por tanto, pone el acento en el carácter indeterminado del Derecho. Ahora bien, a la hora de dar cuenta del sentido concreto de su elección considera insuficiente la tipología planteada por Hart asumiendo un modelo alternativo que comparte con las posiciones situadas en la pesadilla el escepticismo ante las reglas en el plano de la validez de las decisiones interpretativas pero que se muestra algo menos pesimista en el ámbito de la justificación de tales decisiones.

Efectivamente, en opinión de la autora, ni el lenguaje jurídico ni los criterios "clásicos" de interpretación tienen capacidad para limitar el sentido de las decisiones interpretativas válidas –sobre todo, cuando se trata de decisiones "últimas"– de manera que la validez de las interpretaciones depende exclusivamente de la voluntad del intérprete competente, y en caso de controversia, de la decisión de la máxima autoridad competente. Pues bien, la conceptualización de la interpretación como una decisión, en última instancia absolutamente discrecional, subraya la relevancia del conocimiento y fiscalización de las razones que conducen a su adopción. En este plano el control, que es eminentemente ideológico y no jurídico, sí resulta viable siempre y cuando el intérprete exponga públicamente tales razones. Precisamente, la exigencia de que el intérprete manifieste y fundamente sus opciones interpretativas se erige en la idea fuerza de la propuesta que el trabajo realiza en el ámbito de la teoría de la justificación de las decisiones interpretativas. En este sentido, se requiere del intérprete que "haga explícita la teoría de la interpretación que maneja"<sup>14</sup> y se afirma que tal teoría ha de incluir como aspecto esencial "un punto de vista sobre las relaciones racionalidad-voluntad en relación con el concepto de Derecho"<sup>15</sup>.

Ciertamente, la opción por uno u otro término de esta oposición incide "en la justificación del sentido en el que se entienden los enunciados normativos"<sup>16</sup> e influye sustancialmente en la comprensión de la interpretación constitucional y en la cuestión de quién debe ser el órgano al que se atribuya la última palabra en este contexto. En efecto, mientras que la opción por el voluntarismo supone residenciar la justificación de las decisiones interpre-

---

<sup>14</sup> Idem, p. 86.

<sup>15</sup> Idem, p. 88.

<sup>16</sup> Ibídem.

tativas en la legitimidad del órgano que decide, desde la visión racionalista la decisión se justifica, precisamente, por la racionalidad de su contenido<sup>17</sup>.

Pues bien, en las coordenadas del constitucionalismo actual la dialéctica voluntad y razón se traduce en una tensión entre la Constitución –y en especial entre sus disposiciones materiales, los derechos– y la democracia resuelta de manera distinta por el modelo voluntarista y por el modelo racionalista<sup>18</sup>.

Como se apunta en la obra, la defensa del carácter racional del Derecho conduce a resolver esta tensión a favor de los derechos que aparecen como límites a la democracia<sup>19</sup>. Desde estos parámetros, la atribución de la última palabra sobre el significado de los derechos a un órgano que carece de legitimidad democrática directa –el Tribunal Constitucional– por encima de la autoridad típicamente depositaria de tal legitimidad– el Parlamento– se presenta como la solución natural fundamentada en la posible irracionalidad de las decisiones democráticas y, por tanto, en la conveniencia de su control en sede judicial. Ahora bien, la coherencia del modelo exige entender los derechos como contenidos preexistentes a la decisión del Tribunal Constitucional, y, por tanto, suficientemente determinados. Por el contrario desde la concepción voluntarista la balanza se inclina a favor de la democracia<sup>20</sup>. Efectivamente, si el sentido de los derechos es decidido discrecionalmente y sin ningún tipo de límite por la voluntad del último órgano competente parece adecuado exigir su configuración democrática. Asumir esta visión implica defender la primacía de las decisiones del Parlamento frente a las decisiones del Tribunal Constitucional o, al menos, la democratización de este último órgano.

En cualquier caso, ninguna de estas opciones resulta adecuada puesto que la primera, que supone un compromiso con el cognoscitivismo, es inconsistente con la concepción general de la interpretación jurídica que se maneja en el trabajo y la segunda, que sí es coherente con esta concepción, se presenta como una propuesta contrafáctica incapaz de justificar que de hecho son las decisiones del Tribunal Constitucional, órgano que se configura y funciona como una autoridad jurisdiccional, las que tienen prioridad.

<sup>17</sup> Idem, pp. 88 y 89.

<sup>18</sup> Idem, p. 124.

<sup>19</sup> La autora entiende como exponentes de este modelo las teorías de R. Dworkin, R. Alexy y L. Ferrajoli, Vid. Idem, pp. 130-134.

<sup>20</sup> Como defensor de esta concepción se cita a J. Habermas, Idem, pp. 134-137.

Frente a este dilema, la autora toma de nuevo partido por una concepción intermedia que combina el modelo voluntarista –al que, en todo caso, otorga preeminencia– y el modelo racional, y que se describe como un intento de racionalizar la voluntad del intérprete<sup>21</sup>. Desde estas premisas, la justificación de la posición privilegiada del Tribunal Constitucional reside, precisamente, en los criterios de racionalidad que presiden su actividad en tanto órgano jurisdiccional, lo que supone trasladar el centro de la discusión acerca de su legitimidad del ámbito de la legitimidad de origen al de la legitimidad de ejercicio<sup>22</sup>. Así, los límites al Tribunal Constitucional en la interpretación de los derechos se sitúan, de nuevo, en la posibilidad de control y crítica de su comportamiento de manera que las exigencias de justificación de las interpretaciones antes señaladas se proyectan con especial rigor sobre su actuación.

Pues bien, como señalé con anterioridad, es el carácter excluyente de esta limitación, vinculado estrechamente con el escepticismo que la autora profesa en lo relativo a la validez de las decisiones interpretativas, el aspecto de su planteamiento que me parece discutible. En efecto, la inexistencia de límites en este plano puede basarse –y de hecho ambos argumentos son manejados en el trabajo– bien en la indeterminación del Derecho o bien en la irrelevancia de la determinación, al menos, cuando se trata de decisiones últimas. A mi modo de ver, existen razones para rechazar ambos argumentos.

De un lado, la indeterminación en el ámbito jurídico sólo puede ser relativa puesto que sostener la existencia de una indeterminación total cuestionaría radicalmente la aptitud del Derecho para realizar su función de guía de conducta e impediría la identificación no sólo de los contenidos de las normas sino también de los órganos competentes para sentarlos. En todo caso, conviene tener presente que en el trabajo objeto de análisis la indeterminación del Derecho se conecta con la ambigüedad de la que adolece la noción de significado literal<sup>23</sup>. En este sentido, resulta esencial poner de manifiesto que aunque, como demuestra la autora, no existe una teoría unívoca del significado todo enunciado, y por tanto, todo enunciado jurídico tiene un significado de acuerdo con las reglas y convenciones del lenguaje en el que se expresa. Ciertamente, es po-

<sup>21</sup> Idem, p. 130.

<sup>22</sup> De cualquier forma no se descarta que pueda ser pertinente, además, “profundizar en la elección democrática del Tribunal Constitucional” pero, se considera que “no resolvería totalmente el problema”, p. 140.

<sup>23</sup> Idem, pp. 73 y ss.

sible que las propias reglas lingüísticas presenten problemas de indeterminación –de nuevo, sólo relativa– de tal forma que este significado “literal” resulte insuficiente como fuente directa de soluciones interpretativas. Ahora bien, tal significado puede en todos los supuestos –fáciles o difíciles<sup>24</sup>– y, en mi opinión, debe operar como límite de las soluciones interpretativas posibles excluyendo la posibilidad de alcanzar ciertos resultados<sup>25</sup>.

En efecto, la vinculación de los intérpretes a esa mínima determinación se presenta también como una exigencia estructural y funcional de la idea de Derecho que forma parte, además, de “las características definitorias” de la actividad judicial a las que apela en su análisis de la legitimidad del Tribunal Constitucional la profesora Barranco. De este modo, la tensión entre los “hechos y lo deseable”<sup>26</sup> es, en realidad, una dialéctica entre los hechos y lo jurídicamente exigido. Desde este enfoque, las vulneraciones de esta vinculación –que siempre son fácticamente posibles y, además, inatacables cuando se trata del juez “último”– se perciben de una manera más clara como patologías respecto de la corrección funcional del sistema. En definitiva, la existencia de estas decisiones irregulares revela que “la decisión de voluntad que todo Poder supone es un hecho irreducible en todas sus dimensiones a la ordenación jurídica”<sup>27</sup>.

Aunque los problemas teóricos que plantea<sup>28</sup> la consideración de las decisiones “irracionales” como decisiones inválidas pueden aconsejar enten-

<sup>24</sup> Conviene resaltar que esta consideración supone relativizar la distinción casos fáciles/casos difíciles entendida como una oposición tajante.

<sup>25</sup> La distinción entre la operatividad del criterio de interpretación literal como fuente o como parámetro límite de las soluciones interpretativas puede verse en K. HESSE, *Escritos de derecho constitucional*, trad. de P. Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 46. Esta diferenciación se basa en entender que si bien “la relativa indeterminación del lenguaje jurídico imposibilita el establecimiento objetivo del significado de una disposición normativa ... su relativa determinación no impide que pueda afirmarse que un significado no constituye un significado admisible de la misma”, P. CUENCA GÓMEZ, “Aspectos, problemas y límites de la interpretación jurídica y judicial”, *Derechos y libertades*, núm. 13, (pp. 261-297), p. 288.

<sup>26</sup> A esta tensión se hace referencia en el trabajo cuando se plantea la disyuntiva entre la comprensión de la interpretación como creación o como investigación, Vid. M.C. BARRANCO AVILÉS, *Derechos y decisiones interpretativas*, cit., p. 62.

<sup>27</sup> G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 4ª reimp., Debate, Madrid, 1993, p. 124.

<sup>28</sup> Estos problemas, que se perciben como especialmente relevantes en el ámbito del positivismo jurídico, residen en la necesidad de diferenciar las normas válidas y las normas irregulares, y en este sentido inválidas, que sin embargo logran imponerse.



der la exigencia del respeto a la mínima determinación del Derecho como un requisito que afecta, no a la validez de las decisiones interpretativas, sino a su corrección<sup>29</sup>, se trata, en todo caso, de una limitación relevante que debe ser, cuando menos, el primer elemento desde el que efectuar la crítica y control de las decisiones interpretativas. De cualquier forma, al plantearse como un límite negativo que carece, por tanto, de virtualidad para fundamentar la elección entre los significados posibles de un enunciado jurídico, la interpretación sigue configurándose como una decisión –aunque no absolutamente discrecional– y, por tanto, su justificación continúa presentándose como una exigencia fundamental. Vinculado con lo anterior, la legitimidad del Tribunal Constitucional como intérprete último de los derechos puede basarse, en parte, en la relativa determinación de estos contenidos. Ahora bien, la relativa indeterminación de los derechos requiere además basar tal legitimidad en argumentos que tienen que ver no con el resultado de su interpretación sino con el modo de actuación del intérprete.

En este sentido, las aportaciones del trabajo recensionado en torno a las cuestiones de justificación y de legitimidad en la interpretación jurídica y las sugerencias –sin duda demasiado iniciales– que en estas últimas líneas se han realizado en torno a los problemas de validez (o en un sentido más débil de corrección material) de las interpretaciones no son en modo alguno incompatibles, sino más bien todo lo contrario. A mi modo de ver, la combinación de estas tres dimensiones diseña el camino más apropiado y también el más ambicioso para abordar la naturaleza y el alcance de los límites de las decisiones interpretativas.

PATRICIA CUENCA GÓMEZ  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
e-mail: patricia.cuenca@uc3m.es

---

<sup>29</sup> R. de ASÍS ROIG, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Madrid, Dykinson, 1999, p. 141.

**Prudencio GARCIA, *El Genocidio de Guatemala a la luz de la Sociología Militar*, SEPHA, Madrid, 2005, 514 pp.**

DIEGO BLÁZQUEZ MARTÍN  
*Universidad Carlos III de Madrid*

**PALABRAS CLAVE:** derechos humanos, genocidio, ejército, Latinoamérica.

**KEY WORDS:** human rights, genocide, army, Latin America

*«Un país de víctimas... y verdugos»*

Suele considerarse muy difícil vincular el trabajo teórico y práctico en materia de Derechos Humanos. Normalmente, por un lado los trabajos de Derechos Humanos desde una perspectiva teórica se dedican a diseñar y describir unos sistemas de garantía de la dignidad humana que sean lo más perfectos posibles; por otro lado, se dedican a desarrollar los elementos que fundamentan esos sistemas. Sin embargo, ¿qué pasa si esos sistemas fallan?, ¿qué pasa si esos fundamentos se desprecian? Ahí comienza la labor de militantes y organizaciones de Derechos Humanos. Pero, ¿por qué no utilizar esa dimensión práctica en perspectiva teórica? De esa manera, se podrían poner la experiencia práctica al servicio de la tarea de diseño, descripción y fundamentación teórica. En ocasiones, encontramos trabajos que se explican por esa vocación. Y una de esas escasas obras es *El Genocidio de Guatemala a la luz de la Sociología Militar*, de Prudencio García, Coronel retirado del Ejército Español y Doctor en Ingeniería, que fue jefe del área militar de la División de Derechos Humanos de la Misión de Naciones Unidas en El Salvador (ONUSAL), e investigador de la Comisión de Esclarecimiento Histórico sobre Guatemala de Naciones Unidas.

Si de analizar este libro se trata, es necesario adelantar que es ante todo un libro de divulgación en el mejor sentido de la palabra. No solo debido a que de sus casi quinientas páginas, la inmensa mayoría de ellas se destinan a dar a conocer unos hechos, sino porque además el verdadero propósito de la obra del Coronel García es que esos hechos se conozcan.

ISSN: 1133-0937

DERECHOS Y LIBERTADES  
Número 14, Época II, enero 2006, pp. 263-270

Ese es el dilema previo del que parte el libro: "¿omisión o descripción?". Prudencio García opta, justificada y claramente, por la descripción. La descripción de los horrores de una guerra de más de treinta años que se llevó por delante, según Naciones Unidas, a más de 200.000 personas, y que dejó unas terribles secuelas sobre gran parte de la población de este país centroamericano en el desarrollo de una represión llevada a cabo por el ejército por medio de los comportamientos más espeluznantes de que es capaz el ser humano. Pero debemos entender la opción por la descripción de Prudencio García desde una perspectiva militante, de denuncia de esos hechos, porque como dice nuestro autor, precisamente cuando los hechos son de una abyección tal que podemos clasificarlos simple y llanamente como inimaginables, es precisamente en ese caso cuando resulta más necesario que nunca proceder a su descripción minuciosa; no sea que la falta de imaginación nos deje sin conocer lo que realmente sucedió, y hasta donde llegó la ignominia en el comportamiento de unos seres humanos con otros. Pero sobre todo, desvelando esa realidad, en mi opinión, se trata de descubrir cuales pudieron ser las razones para que ello fuera así, y teniendo estas en cuenta intentar evitar acontecimientos semejantes.

Así, lo que hace especialmente interesante a este trabajo es el segundo empeño de Prudencio García, en lo que constituye la contribución teórica de este libro. El autor trata de buscar una explicación a esos horrores, de manera que, conociendo las causas de la extrema crueldad y violencia desatadas por el ejército guatemalteco, podemos encontrar el medio de evitar que estos acontecimientos se puedan repetir. De esta manera, Prudencio García vincula de manera muy pragmática el trabajo teórico sobre la defensa de los derechos con la militancia práctica en su defensa.

En primer lugar, Prudencio García nos propone un modelo analítico, y en segundo lugar se refiere al análisis de la represión militar guatemalteca, a la luz de ese paradigma que explica las violaciones de Derechos Humanos por parte de los ejércitos. Ofreciendo, en un tercer momento, algunas soluciones para que nada de eso se repita según la aplicación de su modelo teórico.

Sin embargo, el lector tiene la impresión de que sobre ese modelo analítico se encuentra una escandalizada voluntad de dar a conocer la represión militar guatemalteca, que se explica sobre la base de ese paradigma. Como lo confiesa el autor cuando señala que ese paradigma teórico "es hijo directo de una cruda realidad" (p. 39), esos acontecimientos justifican en buena me-

dida una línea de investigación que viene a culminar con ese libro. Por ello, para comprender mejor el trabajo, en este comentario vamos a alterar el orden seguido por el autor y comenzar por la explicación de los hechos para entender como estos alumbran el modelo teórico propuesto por Prudencio García.

El texto nos permite entender las razones del porqué se llegaron a los extremos que en la mayor parte del libro el autor se dedica a describir a través de una hábil vinculación, que llega a su culminación, a mi juicio, cuando ya estamos saturados de la violencia, la sinrazón y la brutalidad desmedida que describe el autor sobre la base de los contundentes y documentadísimos informes del Arzobispado de Guatemala (Informe REHMI, de 1998, de 1500 páginas) y de Naciones Unidas (Informe CEH, de 1999, de casi 4000 páginas)<sup>1</sup>, ya que es precisamente en el apartado en el que la orgía de sangre y deshumanización llega al extremo, los epígrafes que Prudencio García destina a la violencia contra los niños (p. 188 y ss.) y la violencia sexual (p. 197 y ss.), en donde encontramos algunas de las primeras razones de toda esa sinrazón que hemos leído anteriormente. Allí encontramos, antes que nada, una explicación racista del conflicto civil guatemalteco, cuyo fin era el genocidio de los pueblos de origen maya que son mayoría en Guatemala. Solo eso explica que según los datos de Naciones Unidas el 20% de las ejecuciones arbitrarias fueran de niños, que el 14% de las víctimas de las torturas fueran niños, que el 60% de los fallecidos por desplazamiento forzado fueran niños, o que el 27% de las violaciones se cometieran sobre niños...; e, igualmente, explica la generalizada y extrema violencia sexual sobre la mujer que además acababa con su muerte, ofreciendo una imagen de extinción de la supervivencia como sociedades, especialmente dentro de la cultura maya.

Sin embargo, aun siendo muy importante el componente racista, no es la única de las explicaciones que Prudencio García ofrece respecto del genocidio de Guatemala. Por otro lado, se encuentra la profunda situación de desigualdad económica, política, cultural y social en la que se encontraba el país, y de la que el ejército se convirtió en garante y protector, asegurando

---

<sup>1</sup> A estos informes, especialmente al de la Iglesia Católica, el ejército de Guatemala intentó contestar de manera un tanto ridícula, a través de un documento titulado *Guatemala, historia de una agresión*, redactado por la Asociación de Veteranos Militares de Guatemala. Informe que el Coronel García ha tenido la oportunidad de estudiar y que analiza en el libro desvelando el vacío de toda la monumentalidad de sus diez tomos (vid. p. 256 y ss.).

con sangre y fuego los intereses de una oligarquía que no quería ver cambiar el orden de las cosas<sup>2</sup>.

Para ello, asumió el monopolio legítimo de la fuerza que tiene el Estado y convirtió el ejército en el defensor de ese *status quo*, avalando un modelo de fuerzas armadas que estuviera por encima del orden político y jurídico vigente, protector y defensor de los derechos de las personas, porque efectivamente por encima de ese armazón normativo estaban dichos intereses y privilegios. Teniendo en cuenta que los peones de este terrible juego de enroque iban a ser mayoritariamente miembros de las clases más desfavorecidas, era necesario desarrollar unos instrumentos que permitiesen reciclar las conciencias de esos soldados. En este sentido, es especialmente elocuente el modelo de entrenamiento de la tropa *kaibil* (una unidad de operaciones especiales del ejército regular) que detalla Prudencio García (p. 242 y ss.).

La indecencia final de todas las aberraciones cometidas sobre la población guatemalteca culmina con el escándalo de la impunidad de los autores materiales e intelectuales de las mismas. El especial interés de la represión militar en Guatemala, como indica a lo largo del libro Prudencio García, se debe a su extrema crueldad, que además era absolutamente desproporcionada frente a la escasa y débil amenaza que suponía la guerrilla guatemalteca, mucho menos numerosa, organizada y dotada que la de otros países. Pero, junto a ello, el caso guatemalteco, en el que se dieron los peores y más numerosos crímenes políticos de toda Latinoamérica, es que finalmente, además han logrado el mayor nivel de impunidad y protección (p. 380). Una impunidad que encuentra sus causas y su explicación en el origen de la misma. Pero que, desde el punto de vista de las relaciones ejército-sociedad, se explica sobre la base de un determinado modelo de fuerzas armadas.

Esa impunidad se explica y justifica en su origen porque, como veremos, una institución fuerte como el ejército, convertida en instrumento de unos intereses que se consideran supremos frente a cualquier otra consideración y realizados por individuos selectos, es muy difícil que pueda llegar a admitir cualquier tipo no ya de persecución o investigación, ni tan siquiera crítica, porque verán cualquier reproche o rendición de cuentas como un

---

<sup>2</sup> Intereses que no hay que entenderlos solo en clave nacional, sino que, como demuestra Prudencio García en lo que denomina *el vector internacional* (p. 395 y ss), es necesario contextualizar la represión militar en Guatemala en una clave internacional, clave que se lee sobre la base del enfrentamiento de la Guerra Fría y la defensa de los Estados Unidos de su área de influencia en la América que se encuentra al sur.

ataque más de la guerra que liberan, cerrándose de manera hermética y ofreciendo refugio hacia su interior. Con lo que la sensación de seguridad y de convencimiento de sus miembros aumenta; por lo que, normalmente, se endurecen las condiciones de combate y la represión<sup>3</sup>, dando lugar así al círculo vicioso que denuncia Prudencio García (p. 83), y que solo se puede romper incluyendo los Derechos Humanos como un concepto básico de la actividad militar.

Leyendo el libro desde esta perspectiva, efectivamente, como indica el prologuista de este interesante y documentado trabajo, tanto desde una perspectiva nacional debido a las inminentes innovaciones legislativas del ámbito militar en nuestro país (Ley de Defensa, Ley de Tropa y Marinería, Ley de Derechos y Deberes...), como por el actual panorama internacional, "nada podría ser más oportuno en este momento que una perspectiva sobre las atrocidades cometidas por los ejércitos y el papel de estos a la hora de propiciar o impedir actos inhumanos" (p. 21). Prudencio García lo hace además proponiendo un modelo teórico de comprensión de dichas atrocidades, que permite en su opinión poderlas evitar.

Así, pretende encontrar las causas sociológico-militares de la violencia cometida por los ejércitos. Desde allí busca ofrecer un modelo de ejército en cuyas relaciones con la sociedad civil y con otros ejércitos no quepan ese tipo de comportamientos.

Prudencio García considera que las sociedades desarrolladas utilizan tres mecanismos para garantizar el sometimiento de la institución militar:

- el principio de limitación imperativa, que se corresponde con el conjunto de normas del Ordenamiento Jurídico, bajo cuya vigencia se encuentran unas determinadas Fuerzas Armadas (p. 62).

<sup>3</sup> No podemos olvidar que la impunidad es también un acto de fuerza: la impunidad se impone. Y el principal afectado es el Poder Judicial: según la Corte Suprema de Justicia de Guatemala en los años 2001 y 2002 murieron 132 jueces, y el número de irregularidades policiales, procesales y de representación es incontable; pero, en este sentido quizás sea mejor remitirse a los hechos y para ello sirva de ejemplo la instrucción y tramitación de los principales casos de asesinato político en los que se fija el autor: los casos de Alberto Fuentes, Manuel Colom, Jorge Carpio, Mirna Mack y Juan Gerardi. Por ello diversos organismos internacionales decidieron retirar su apoyo a los programas de cooperación al desarrollo de la justicia en Guatemala, ya que consideraban que la situación de la justicia en Guatemala obedecía a una decisión política clara, que era manifiestamente contraria al espíritu de esos proyectos (p. 326 y ss.)

- el principio de autolimitación moral; se trata del conjunto de convicciones morales de las Fuerzas Armadas, que surgen especialmente de la formación militar, pero también de otras esferas sociales o personales (p. 63), y que generan unos determinados conceptos de la disciplina, el honor y el espíritu de cuerpo.
- y, el principio de concordancia imperativo-moral. Se trata de un elemento gradual y comparativo que se basa en el grado de coincidencia entre los contenidos de la limitación imperativa y de la autolimitación moral (p. 64).

Lo cierto es, como advierte a continuación Prudencio García, que todos los sistemas políticos se han esforzado por garantizar la concordancia entre la limitación imperativa y la autolimitación moral. Pero, cuando se dan unas circunstancias tales en las que esa concordancia con la limitación imperativa no se garantiza, el ejército se convierte en un factor incontrolado de la sociedad que no obedece al sentido del discurso público recogido en el Derecho, y se transforma en un factor de riesgo para la supervivencia de ese sistema jurídico-político, y especialmente para los Derechos Humanos como fundamento último de ese sistema.

Ése es el caso del genocidio de Guatemala. A pesar del que Guatemala era parte de diversos tratados de Derechos Humanos, o de los tratados de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario, o a pesar del tenor constitucional (por ejemplo respecto a la obediencia a normas ilegales [arts 146 y 153, respectivamente de las Constituciones guatemaltecas de 1956 y 1985]), incluso a pesar de muchas leyes, empezando por el Código Penal, la convicción íntima de los miembros de las Fuerzas Armadas es que delante de ellos se encontraba un destino especial que no pasaba por el cumplimiento de esos principios y normas legales.

Esa convicción, además de en los diversos elementos ideológicos que hemos visto más arriba (racismo, clasismo, *vector internacional...*), se fundamenta en la garantía de la impunidad. Si al convencimiento sobre esas razones se suma una segura garantía de intangibilidad respecto del sistema jurídico, el resultado es un desprecio absoluto por la limitación imperativa, que se une a una limitación moral nula, o vinculada a unos intereses que se consideran por encima de las personas, sean estos la Seguridad Nacional, el anticomunismo, la lucha contra la subversión o cualquiera otra.

Pero, ante todo, la cuestión que debería inquietarnos es porqué en sociedades cuya cultura y códigos éticos y morales son respetuosos en general

con la dignidad del ser humano y los Derechos Humanos, sus fuerzas armadas pueden llegar a cometer terribles actos dirigidos contra la dignidad del ser humano y los Derechos Humanos que forman parte fundamental del ordenamiento jurídico que dicen proteger y de esa cultura moral de sus sociedades (como es el caso de Guantánamo, Abu Graib, las sucesivas ofensivas en Irak, o los casos de abusos sexuales de tropas de fuerzas de misiones de Naciones Unidas). La respuesta, según el mismo paradigma que propone el autor, quizás se encuentre en la *realidad* cultural y moral de esas sociedades, más allá del discurso público, y en cierta falta de concordancia.

Según la experiencia del caso de Guatemala y el modelo teórico expuesto, las soluciones a la masiva vulneración de Derechos Humanos por los ejércitos, solo pueden pasar por integrar la limitación imperativa de los derechos dentro del modelo de autolimitación moral interna al ejército, por medio de la inclusión de los Derechos Humanos como un elemento más de la moral militar; asegurándose, por otro lado, que existe una concordancia elevada entre ambos mecanismos de control. Y en caso de incumplimiento, debe existir un contundente mecanismo de represión de esos hechos, para la cual, y dada la naturaleza de la actividad militar, resulta básico potenciar la justicia universal.

En este ámbito, es de señalar el esfuerzo de Prudencio García por defender los principios de la justicia universal sobre la base de la universalidad de los Derechos Humanos. Sin embargo, en algún momento (por ejemplo p. 73), confunde *occidentalidad* con lo que más correctamente deberíamos llamar *modernidad*, incluso según su propio propósito. O, ¿es que acaso cuando los soldados y suboficiales del *III Reich* ejecutaban judíos en las cámaras de gas no seguían una moral militar occidental?, ¿de donde era, entonces?; o, cuando los Estados Unidos bombardearon las poblaciones civiles de Vietnam, ¿no seguían una moralidad militar occidental...? Y, si no era occidental, ¿de dónde era?...

DIEGO BLÁZQUEZ MARTÍN  
Universidad Carlos III de Madrid  
e-mail: diego.blazquez@uc3m.es



**Francisco Javier ANSUÁTEGUI ROIG, Juan Antonio LÓPEZ GARCÍA,  
Alberto del REAL, Ramon RUIZ RUIZ (eds.), *Derechos fundamentales,  
valores y multiculturalismo*, col. Derechos humanos y Filosofía del  
Derecho, Dykinson, Madrid, 2005, 269 pp.**

ALBERTO IGLESIAS GARZÓN  
*Universidad Carlos III de Madrid*

**PALABRAS CLAVE:** derechos fundamentales, multiculturalismo, neutralidad, republicanismo, pluralismo

**KEY WORDS:** fundamental rights, multiculturalism, neutrality, republicanism, pluralism

El análisis del libro *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo* introduce al lector en el estudio de las relaciones humanas examinadas minuciosamente desde la incidencia del hecho multicultural en el ordenamiento jurídico y el específico papel que en él juegan los valores jurídicos. La primera aproximación formula un cuestionamiento al Derecho mientras que la última nos permite apuntar hacia una posible respuesta. Con una extraordinaria dinámica, el libro permite, además, abarcar gran parte del tema tratado pudiendo hallar una idea común entre los diferentes planteamientos y desarrollos.

El tratamiento plural, al ser varios los autores, de los conceptos que titulan el libro dota de contenido cada uno de ellos permitiendo una articulación entre los mismos que nos evoca la querencia de un ordenamiento jurídico capaz de responder a las circunstancias de la sociedad actual. Ello, sin embargo, no impide la profunda consideración del vasto tema central: las formas de convivencia jurídicamente regladas entre individuos de diferente cultura. Se abre, a este respecto, un planteamiento general acerca del papel de los derechos fundamentales a través del análisis de factores tales como la inmigración, la globalización o el nacionalismo.

Desde las distintas posiciones con las que analiza cada autor el multiculturalismo se desprende un estudio crítico del ordenamiento jurídico y de sus funciones. La materia que aquí se trata conduce irremediabilmente al

cuestionamiento sobre si la efectiva separación entre ordenamiento jurídico, cultura y justicia se ve reconocida en los ordenamientos jurídicos respetuosos de los derechos fundamentales y en general de todo el ámbito de Estados de Derecho. Del resultado de esta meditación se obtendrán las claves para el entendimiento y certera comprensión del libro.

La situación que se anuncia en los diferentes artículos es la de la posible mella que ciertos fenómenos culturales pueden provocar en los ordenamientos jurídicos. Como tales se maneja únicamente el perteneciente a un Estado de Derecho que reconozca los derechos fundamentales desde una ética individualista. Asimismo, serán estos ordenamientos sobre los que recaerá una reflexión que estará motivada por el hecho de que las sociedades que regulan son inevitablemente multiculturales. Dicho factor puede propiciar la aparición de situaciones que anuncien al Derecho la necesidad de mutar a riesgo de contradecir su propia fundamentación.

La multiculturalidad<sup>1</sup> es tratada dentro de una misma sociedad donde las diferentes culturas conviven o coexisten relacionándose bajo determinados principios. Se trata de precisar si dichos principios, que se predicen del ordenamiento jurídico del Estado de Derecho, son igualmente útiles a todas las culturas afectadas y a todos los individuos que las integran.

Además, si se quiere verdaderamente plantear la cuestión multicultural será necesario analizar los planteamientos éticos de cada cultura<sup>2</sup> y su particular forma de expresión jurídica<sup>3</sup>. Adecuar cada cultura a un planteamiento

---

<sup>1</sup> Es tratada, como señala Ramón Ruiz, en dos dimensiones. Además de la multiculturalidad como *hecho* podemos apreciar el multiculturalismo *normativo*, que sería determinada respuesta del ordenamiento jurídico a tal hecho, vid, F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, J. A. LÓPEZ GARCÍA, A. del REAL, R. Ruiz (eds.), *Derechos Fundamentales, Valores, Multiculturalismo*, col. Derechos humanos y filosofía del Derecho, Dykinson, Madrid, 2005, p. 39, de ahora en adelante siempre referido entre corchetes [p. 39]. Vid., J. de LUCAS, "La(s) sociedad(es) multicultural(es) y los conflictos jurídicos y políticos", en J. de LUCAS; *La multiculturalidad*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991. Asimismo en O. PEREZ de la FUENTE, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*, Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2003, p. 69.

<sup>2</sup> Se parte de la definición de cultura que nos ofrece Rafael de Asís [p. 206] basada en las posiciones de vid, W. KYMLICKA, *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*, trad. de C. Castells, Paidós, Barcelona, 1996 y vid, J. WALDRON, "Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative", *University of Michigan journal of law*, 25/3, 1992.

<sup>3</sup> Ya que, según afirma Rafael de Asís: [...] la objetivación de la cultura en el ámbito social [...] hace que las distintas posiciones culturales desempeñen un papel similar al de una teoría de la justicia, al de una teoría ética o al de una teoría política...[pp. 206-207]

to ético supone enfrentar posturas monistas con relativistas y, sobre todo, con el pluralismo. Por supuesto este hecho es inevitable en una sociedad multicultural. La normativa estatal, sin embargo, parece no reflejar enteramente tal hecho al decantarse por un posicionamiento pluralista.

Teniendo en cuenta la particular evolución del sistema normativo y su imbricación dentro de una cultura más o menos determinada y homogénea es posible cuestionarse hasta qué punto los derechos fundamentales, desde una óptica individualista, son expresión de una cultura, una idea de justicia o unas necesidades que el desarrollo de los acontecimientos y la evolución han obligado a afrontar. Estas respuestas debemos buscarlas en la historia europea a lo largo de la modernidad. Podremos, así, conextualizar el análisis y asentar ciertas ideas necesarias para poder comprender el gran valor del libro.

A grandes rasgos, la historia de los derechos fundamentales<sup>4</sup> que se dirige desde el reconocimiento de la libertad religiosa y de conciencia, pasando por el establecimiento del liberalismo, por los procesos de positivación, generalización, internacionalización, especificación, hasta nuestros días<sup>5</sup>. De su estudio podemos afirmar que el contenido de la expresión positivizada<sup>6</sup> de los derechos ha ido variando a lo largo de la historia partiendo siempre de un irreductible núcleo central. En este núcleo hallamos un principio de universalidad abstracta de igualdad y libertad que proviene de las circunstancias históricas europeas. La Reforma, el consiguiente escepticismo ético, la voluntad pacificadora de la paz de Westfalia junto con otros hechos y múltiples factores contribuyeron a romper el monolítico pensamiento que condicionaba al hombre a su Creador y a sus representantes terrenales.

Esta serie de factores y la poderosa cadena de pensadores que ofrecieron su apoyo al progreso dieron pie a cierta idealización de la universalidad de los derechos fundamentales cuya característica más valorada era la neutralidad que ofrecía en su momento respecto de las afirmaciones de las dis-

<sup>4</sup> Vid, G. PECES-BARBA y E. FERNÁNDEZ (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales*, Tomo I: *Tránsito a la modernidad siglos XVI y XVII*, Dykinson-Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2003.

<sup>5</sup> G. PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1995, pp. 154 y ss. cit., [p. 200]

<sup>6</sup> Como bien recuerda Javier Dorado, el liberalismo clásico se caracteriza "...por la búsqueda de mecanismos constitucionales para limitar el poder del Estado y garantizar la libertad... de los individuos" [p. 68].

tintas teorías enfrentadas. La neutralidad se ensalzaba sobre todo respecto a las concepciones éticas monistas, propias de la religión cristiana antes y después de la Reforma, puesto que, ya en plena modernidad, el establecimiento de la libertad religiosa del individuo fomentaba la capacidad del hombre para elegir y configurar sus planes de vida. Ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo sobre cuál debería ser la ética reinante, la ética cierta, la Verdad, no se pudo impedir que cada individuo elegiera la suya propia desplazando así el bien que se pretendía proteger de la religión a la libre voluntad del individuo, concepto entonces absolutamente neutral.

Este fenómeno, tratado exclusivamente en Europa, viene a consolidar la idea de un pluralismo ético, basado en un escepticismo mitigado, que pretende hallar el equilibrio entre la libertad y la igualdad de los individuos apuntando hacia un ideal de universalización que será precisamente el que fundamente dichos valores. En este sentido lo ideal sería poder hablar de un universalismo jurídico o ético tan evidente como las matemáticas. Sin embargo, lejos de poder afirmar algo así, se debe fomentar un análisis crítico de nuestros ordenamientos ya que las nuevas circunstancias sobrevenidas tensan la efectividad del sistema jurídico por mantener su coherencia presentando una posibilidad de transformación acorde con la evolución histórica que han marcado los derechos fundamentales.

La neutralidad de los ordenamientos es cuestionada por el profesor Alberto del Real Alcalá<sup>7</sup> [p. 193]. Se apunta a la idea de que incluso la posición más neutral deja de serlo cuando trata de preservar su neutralidad a toda costa. "La paradoja consiste en que ser neutral respecto a los planes de vida no debería consistir en aceptar sólo los planes de vida que son neutrales". Independientemente de la rectitud de esta paradoja, si que apunta el autor el hecho de que se debe buscar una neutralidad como factor de unión y no de disensión entre ciudadanos [p. 197] dejando claramente establecido el hecho de que esa neutralidad inicial se puede haber perdido.

Un análisis parecido llena las páginas escritas por Ramón Ruiz. En este caso se trata de una defensa del liberalismo como doctrina capaz de preservar la libertad de los individuos, basándose en las teorías de Chaplin<sup>8</sup>, al negar la posibilidad de que el Estado escoja una determinada concepción de

<sup>7</sup> Quien se basa en la obra M. D. FARRELL, "Algunas maneras de entender la neutralidad", *Doxa*, núm. 15-16, v. 1, 1994, p. 193. citado, [p. 193]

<sup>8</sup> Vid, J. CHAPLIN, "How much cultural and religious pluralism can liberalism tolerate", en J. HORTON, *Liberalism, multiculturalism and toleration*, Palgrave, New York, 1993.

vida buena. Evidentemente, los planteamientos de la autonomía de la voluntad como base de la dignidad humana [p. 42] tienen un papel fundamental en esta teoría que se declara neutral en tanto no tiene en cuenta la cultura, etnia o religión de los individuos "como criterio de asignación de derechos" [p. 43]. Esta posición es criticada acertadamente, reconoce, por los autores comunitaristas al recordar la importancia que el entorno cultural tiene para el individuo [p. 60]. Realiza, junto al profesor Javier Dorado, una defensa de la tesis liberal frente a las posiciones comunitaristas que no obtienen mucho crédito por parte de ninguno de los autores que aquí escriben.

Sin embargo, a pesar del rechazo de las posiciones comunitaristas, la neutralidad del Estado de Derecho liberal aún sigue sin poder concretarse. El multiculturalismo sobrevenido en estas últimas décadas localizado en los grandes flujos migratorios intercontinentales y el espectacular desarrollo de las telecomunicaciones son dos factores que revierten en lo que se ha denominado globalización. Este proceso toma en cuenta la consideración del planeta como una unidad en la que no existen fuerzas desvinculadas sino que todo tiene un origen y repercusión común, compartida. El fortalecimiento del mercado, situándose como fuerza autónoma legítima que encabeza dicho proceso obliga a los Estados a unir sus fronteras fiscales en enormes zonas geográficas para poder reforzar su posición económica. La Unión Europea, cuyo proceso de construcción podemos calificar en este sentido de paradigmático, es una expresión más del cambio al que asistimos y la situación a la que se debe plegar el ordenamiento jurídico.

Junto a estos factores, observamos, además, el fortalecimiento, por parte de instituciones públicas, de determinadas culturas minoritarias dentro de una sociedad en concreto<sup>9</sup>. Usualmente se plantean las medidas normativas a tomar partiendo del hecho de que la cultura se halla en peligro y que, por lo tanto, un estado de necesidad les permite o legitima para realizar una discriminación positiva, rompiendo así, la neutralidad del ordenamiento jurídico, aún a costa de las libertades de los individuos. Este hecho es fruto de una tensión global y es, como afirma el profesor José Antonio Lopez Garrido, "expresión del agotamiento del Estado-Nación como modelo universal. De ahí nace la sospecha de que, lo que se instauró desde la ilustración con connotaciones de imparcialidad y universalidad, haya resultado ser una estrategia de instauración de la dominación y la exclusión [p. 167]".

<sup>9</sup> Ramón Ruiz aporta el ejemplo de la prohibición a los ciudadanos de Quebec de escolarizar a sus hijos en escuelas de habla inglesa [p. 62].

Se plantea así un enfrentamiento con la neutralidad de los ordenamientos que, al emplear la razón universal y abstracta es acusado de partir de una base no neutral ya que no contiene todos los elementos que caracterizan a un individuo: sus atributos. "Ahora bien, el ascenso de esta "razón universal", que no respeta las antiguas formas políticas comunitarias, tenía su justificación en la extensión de objetivos tan importantes como *el progreso económico y social, la igualdad de derechos y la democracia* [p. 156]".

La razón abstracta empleada en formular y sustanciar los valores actuales de los ordenamientos jurídicos antes referidos, es decir libertad e igualdad, dota de un contenido muy concreto su expresión jurídica a través de los derechos fundamentales. Ello podría significar el no reconocimiento de otros factores también importantes para los individuos, en este caso, el entorno o el comportamiento cultural.

Este tipo de comportamiento es visto, desde la perspectiva actual de los derechos fundamentales, en su origen ético individualista, como una parte más de la libertad de cada individuo y donde el Estado no debe intervenir a menos que circunstancias sociales lo requieran. Esta singular circunstancia abre la panorámica actual, declarada insuficiente por varios autores, de los derechos fundamentales como garantía y límite del multiculturalismo<sup>10</sup>. Lo que se viene a criticar sería la limitación en la garantía de ciertos derechos de ciertos individuos, vg., de los derechos reclamados por la tradición cultural por parte de ciertos grupos. El cambio de óptica en el planteamiento supone que la cultura y su manutención, desarrollo y pervivencia dependen, no del Estado, que lo reconoce como un bien jurídico secundario, sino de los individuos que componen e integran dicha cultura.

Analiza Javier Dorado la posición que a este respecto mantiene Kymlicka<sup>11</sup>, dejando claro que se trata de una posición que no se sale del liberalismo [p. 81] ya que, en última instancia, siempre se le debe permitir al individuo disentir de su cultura, cuestionarla o abandonarla, siendo su simple elección un motivo justificado suficiente. Esta postura trataría la diversidad cultural dentro del proceso de especificación de los derechos, con los consabidos límites que, en este caso, se centran sobre la prohibición de las restricciones internas, como aquí se denomina [p. 81].

La cuestión de la neutralidad de los derechos fundamentales aparece zanjada en el trabajo de M. A. Ramiro quien la considera como inexistente.

<sup>10</sup> Así titula Javier Dorado su aportación [pp. 65- 85]

<sup>11</sup> Vid, W. KYMLICKA, *Ciudadanía multicultural*, op. cit.

Para basar su afirmación utiliza diversas consideraciones. Por un lado, el pensamiento al respecto de Elias Díaz<sup>12</sup> que resume diciendo que "todo sistema jurídico siempre incorpora una idea de justicia" [p. 124], por otro, la doctrina liberal de J. S. Mill<sup>13</sup> quien identifica cómo único límite válido la injerencia en terceras personas nunca el propio bien físico o moral de los individuos. El uso de la doctrina de Mill plantea una crítica que desvela el origen de muchas prohibiciones y limitaciones en la libertad de los individuos en fenómenos tales como el paternalismo jurídico o el moralismo legal. Estos serían causa directa de la influencia de una cultura dominante sobre las minoritarias lo que resulta en una pérdida de neutralidad. Curiosamente, esta teoría ofrece como remedio más liberalismo o, dicho de otra manera, un liberalismo coherente consigo mismo.

Sin embargo, en este mismo artículo parece apuntar hacia una posible solución, utilizando como instrumento las comunidades intencionales. La configuración que se hace de las mismas nos revela como característica fundamental la existencia de cierta paridad de objetivos en la vida de los individuos que componen la sociedad o fines y necesidades colectivas del grupo [p. 114]. Dicha paridad, que debe ser suficiente, aporta un novedoso elemento desde el cual se puede construir una teoría alternativa a la que hoy se aprecia. Dicha coincidencia en los objetivos colectivos, desplaza el núcleo de la neutralidad desde el concepto liberal de ciudadanía en la esfera individual propia de cada ciudadano hacia la de cada sujeto implicado en la sociedad. Es preciso anotar que la pertenencia de una sociedad utópica intencional requiere también que todos los individuos que componen el grupo o sociedad trabajen para satisfacer esos fines. Con esto, es posible relacionar lo anteriormente dicho con la necesidad de ofrecer una nueva visión de la sociedad que supere la idea del individuo aislado y descontextualizado, no interesado en los problemas sociales y que se plantea en el libro como posible respuesta.

Sin embargo, las nuevas propuestas que incorporan los autores no tratan de alterar la configuración básica del Estado de Derecho sino que tratan de mejorarlo sustanciándolo en los mismos principios. Ofrecen una nueva lectura de los valores que componen el ordenamiento para poder alterar la

---

<sup>12</sup> E. DÍAZ, *De la maldad estatal y la soberanía popular*, citado [p. 124]. También, C. TAYLOR, *Multiculturalismo y la "política del reconocimiento"*, trad. M. Utrilla, FCE, México, 2003, p. 126.

<sup>13</sup> J.S. MILL, *Sobre la libertad*, trad. P. de Azcárate y N. Rodríguez, Alianza, Madrid, 1997.

concepción del ordenamiento y dar, así, una respuesta al reto del multiculturalismo. Para ello, se debe respetar los presupuestos del ordenamiento y el núcleo del que parte toda su fundamentación: la universalidad y el individualismo ético.

La aportación republicana es la alternativa que propone Carmen Barranco como factible para esa posibilidad de cambio. Falta por ver si dicha concepción es capaz de hallar la neutralidad, supuestamente perdida, del sistema liberal *strictu sensu*. Qué supone una concepción republicana de los derechos es explicado a lo largo del artículo, no sin unas previas advertencias [pp. 23 y 24], y que se podría sintetizar en las posiciones de Sunstein, Elster o Michelman<sup>14</sup> que no requieren una homogeneidad social para su correcto funcionamiento. El papel del Estado, bajo esta teoría, pasaría de velar por la no intervención en el ya conocido coto vedado de Garzón Valdés<sup>15</sup> a velar, esta vez, por una libertad concebida con mayor flexibilidad. Esta nueva configuración o planteamiento permite a los sujetos integrantes de una sociedad, que tengan una paridad de objetivos u homogeneidad no cultural sino de interés, construir ese concepto de libertad dando un contenido propio a las limitaciones impuestas por el Estado de forma que no puedan ser concebidas como arbitrarias por ninguna minoría.

La postura que aquí expresa la autora supone el mantenimiento de la teoría estatista del Derecho frente a otras posibles soluciones que recurren al plurinormativismo jurídico por entender superada la capacidad del Estado para responder a los factores contemporáneos de pluralismo jurídico<sup>16</sup>. La concepción republicana, por el contrario, no supone la pérdida de relevancia del papel del Estado sino que se mantiene como un firme garante de su papel moderno. A falta de un mayor abundamiento sobre esta cuestión se puede afirmar que el republicanismo, independientemente de la estatilidad del Derecho que propugna, es una de las posibles soluciones que se han propuesto frente a los retos del multiculturalismo.

---

<sup>14</sup> C. R. SUNSTEIN, "Más allá del resurgimiento republicano", en F. OVEJERO, L. MARTÍ, R. GARGARELLA, *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad*, Paidós Estado y Sociedad, Barcelona, 2003, pp. 137-190; J. ELSTER, *Deliberative democracy*, Cambridge University Press, 1998; F. MICHELMAN; "Law's Republic", *The Yale law journal*, vol. 97, nº 8, 1988.

<sup>15</sup> E. GARZÓN VALDÉS; "El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías". *Isonomía*, núm. 12, 2000, citado [p. 16]

<sup>16</sup> Vid., A. de JULIOS CAMPUZANO; "Culturas jurídicas y globalización. Presupuestos metodológicos de un Derecho cosmopolita", *Derechos y Libertades*, núm. 13, 2004, pp. 217-239.



El papel del Estado también es reforzado en el tema que se encarga de analizar Rafael de Asís dando una coherencia vital para la clara presentación de los temas. A este respecto podemos apreciar cómo se defiende la idea de que para mantener la coherencia del Estado de Derecho es necesario no poner obstáculos a su continua evolución e historia. En este caso, expresado en la continuidad de los procesos de positivación, generalización, internacionalización y especificación descritos por el profesor Peces-Barba<sup>17</sup>. Afirma el profesor de Asís que el fenómeno de la inmigración y las respuestas que el ordenamiento está dando, son un reto a su propia coherencia y a la consideración universalista e igualitaria de los derechos fundamentales [p. 119]. El tema que aquí trata, y que es uno de los mejores ejemplos para expresar los problemas que los ordenamientos contemporáneos no están enfrentando, nos pone de relieve las carencias del sistema jurídico y la necesidad de evolución o transformación de determinadas instituciones. Este cambio estaría dentro de un proceso completamente normal, avalado por la historia, que ha venido en llamarse proceso de generalización de los derechos, concretado en el ausente derecho de participación política de los inmigrantes o de los no nacionales. A este respecto, la postura de Rafael de Asís es clara: si se mantiene tal distinción<sup>18</sup> se estará interrumpiendo el proceso de generalización de los derechos fundamentales en aras de un paradigma, el de la nacionalidad, caduco e irracional

Se busca, dando una clara continuidad a los procesos de evolución de los derechos fundamentales, recuperar la neutralidad inicial que les caracterizaba. Tal vez la propuesta republicana no consiga elaborar un ordenamiento jurídico completamente aséptico pero, al menos, sí responderá a las necesidades que le plantean todos los miembros de la sociedad ya que la participación política para poder definir una libertad como no dominación arbitraria es absolutamente imprescindible. En palabras de Rafael de Asís: "Difícilmente, un sujeto puede considerar como legítimo y por tanto como respetable un sistema jurídico político que dirige su vida social cotidiana, pero que le niega la posibilidad de intervenir en su composición y en sus di-

<sup>17</sup> G. PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, op. cit., [p. 200]

<sup>18</sup> Esta distinción supone en palabras de Ferrajoli: "...la ciudadanía de nuestros ricos países representa el último privilegio de status, el último factor de exclusión y discriminación, el último residuo premoderno de la desigualdad personal en contraposición a la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales", L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. P. A. Ibañez y A. Greppi, Trotta, Madrid, p. 117, citado [p. 17]

rectrices [p. 212]". Por lo tanto, tratar de responder a los retos de la globalización desde el ordenamiento jurídico implica que éste permita ser configurado por los interesados, respetando siempre la universalidad e igualdad abstractas, pero adecuándolas, librándolas de moralismo legal o paternalismo jurídico, a las necesidades concretas de cada sociedad. La ampliación del espectro de personas que son consultadas en la participación política supondrá, para el Derecho, el cumplimiento de una de sus funciones esenciales, la de integración de los sujetos en el ordenamiento al promover una obediencia consentida en lugar de obligada.

A este respecto, se puede hacer una lectura específica del artículo de F. J. Ansuátegui en la que apreciamos determinadas carencias en el proceso de elaboración de una Constitución para Europa que bien pueden haber contribuido a los desenlaces políticos que han paralizado, al menos por el momento, dicho proceso. El autor ya entonces advierte sobre las carencias democráticas del proyecto ya que: "Sin esa legitimidad [de origen y de contenido] es difícil que el Derecho se apoye en una sólida base social [p. 222]". La participación de los Estados en la toma de decisiones en detrimento de los ciudadanos contradice la esencia del constitucionalismo ya que, señala junto a Habermas<sup>19</sup>, que... "la Constitución implica autolegislación democrática [p.234]". En este sentido, el déficit democrático se reconoce como sustancial a todo el proceso de integración europea ya que, como se ejemplifica con palabras de Grimm, "el poder público europeo no deriva del pueblo sino de la mediación de los Estados"<sup>20</sup>. Se trata de un factor que, siempre hablando de la función de integración del Derecho, sólo puede ser análogo al de la situación interior de los Estados si se salvan enormes distancias. Por lo tanto, se observan los acontecimientos de dicho proyecto desde una posición crítica a sabiendas que cuanto más rica sea la participación del pueblo soberano en la toma de decisiones, mejor va a ser su respuesta al ordenamiento jurídico.

La ampliación del derecho de voto a los inmigrantes y la continuidad del proceso de generalización de los derechos se nutren de un valor jurídico, además de los de libertad e igualdad, que habrá que alimentar y potenciar

<sup>19</sup> J. HABERMAS; "Ciudadanía e identidad cultural", en J. HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, intr. y trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, citado [p. 234]

<sup>20</sup> D. GRIMM; "Una costituzione per l'Europa?", en ZAGREBELSKY, G., PORTINARO, P. P., LUTHER, J. (eds.), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino, 1996, citado [p. 235]

para aportar un fundamento sostenible a la participación política. Se trata del valor solidaridad, descendiente directo de la fraternidad que junto con la libertad e igualdad, se convirtieron en lema trino de la Revolución de 1789. Este valor tiene una dimensión antropológica de la que se deben extraer condicionamientos políticos al contrario de lo que hace el liberalismo, como recuerda Carmen Barranco [pp. 24 y 25]. La inclusión expresa de este valor en el ordenamiento supone reconsiderar la idea de un hombre racional y egoísta desplazándola a su dimensión social, la de un hombre capaz de ser altruista. La implicación en los problemas de la sociedad y de su buen funcionamiento se convierte, así, en un asunto que concierne a todos los miembros de la sociedad.

La importancia de la inclusión de este valor en el ordenamiento, para la consecución del multiculturalismo normativo, se aprecia, pues, desde un primer momento cuando se reconoce la vital función social del individuo: la interacción libre con su cultura y con los miembros que la componen. Con tales consideraciones se puede pensar en un ordenamiento que, buscando ser coherente consigo mismo, reconozca y localice sus posibles carencias recuperando su autoridad gracias a la apertura de un espacio que todos los individuos implicados puedan calificar como neutral.

Aunque la creación de este espacio posiblemente implique una reformulación en los límites del pluralismo, que afectarán sin duda a la consideración de los derechos fundamentales subjetivos actuales, no se explica en el libro cómo se puede dar cabida a todas las posturas multiculturales o, expresado de otra forma, cómo conciliar las posiciones relativistas (o incluso monistas) con el pluralismo<sup>21</sup>. Cuestión, desde mi punto de vista, imposible de realizar dada la distancia que separa el origen ideológico de ambas posturas ya que, en el caso del pluralismo, el escepticismo que se cierne sobre la idea de justicia, aparece mitigado por el respeto de los derechos fundamentales.

ALBERTO IGLESIAS GARZÓN  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
e-mail: alberto.iglesias@uc3m.es

<sup>21</sup> Vid. E. FERNÁNDEZ, *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2001, pp.66-72.

**Pedro CRUZ VILLALÓN, *La constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, 157 pp.**

ESTEBAN GRECIET GARCÍA  
*Letrado de la Asamblea de Madrid*

**PALABRAS CLAVE:** Constitución, Europa, Unión Europea, derechos fundamentales.

**KEY WORDS:** Constitution, Europe, European Union, fundamental rights.

Si la principal finalidad de una reseña o reseña bibliográfica no ha de ser puramente informativa, dando cuenta de la publicación de una obra que merezca ser objeto de lectura o conocimiento público, sino, y desde luego, estimulante, destacando aquellos aspectos de la misma que la hagan acreedora de ello, antes que convertirse en una sesuda exégesis de su contenido, ninguna dificultad nos ofrece el libro que aquí se comenta.

En las fechas en que se escriben estas líneas, el lector avezado puede comprobar por sí mismo, acudiendo a las librerías o a la Red, la catarata de libros que sobre el fenómeno constitucional europeo le salen al paso, y que configuran una visión poliédrica del apasionante proceso del que dan cuenta. Son títulos que oscilan entre el alegato crítico frente al mismo como mera traslación local de los males de la *globalización*, la narración de la construcción europea en tanto que modelo de integración supranacional, la sucinta noticia del texto del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa o el análisis más o menos exhaustivo de su articulado. Si a ello sumamos los artículos publicados en revistas especializadas, los números monográficos de éstas y la información accesible en sitios *web* de toda condición, se concluye que el material disponible es no sólo diverso, sino desbordante.

Sin embargo, valga recordar la más que discreta participación habida en el referéndum consultivo que, en uso del cauce dispuesto en el art. 92 de la Constitución Española, se ha celebrado con fecha 20 de febrero de 2005, previa convocatoria por el Real Decreto 5/2005, de 14 de enero; lo que serviría para establecer el contraste entre la inquietud doctrinal que tan alto número de publicaciones muestra y la indiferencia general, así como para volver a

poner de manifiesto, de manera tópica, las carencias que aquejan al *proceso europeo*: existencia o no de un auténtico *démos*, distancia entre las instituciones y los ciudadanos, sensación de *lejanía* de la política comunitaria a pesar de su incidencia en de los Estados miembros de la Unión, etc. Éste es el contexto en que aparece el libro del Profesor Cruz Villalón, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid y Presidente del Tribunal Constitucional en el trienio 1998-2001, un jurista que no necesita presentación en el Derecho público español.

Lo primero que transmite *La Constitución inédita* desde su subtítulo es la idea de *proceso*, de la constante progresión como característica fundamental de la construcción europea, que se presenta como un *hacerse* incluso en la estructura del libro, formado por diversos artículos escritos entre las primaveras de 2002 y 2004, esto es, en el bienio transcurrido entre el inicio de los trabajos de la Convención Europea y el acuerdo fundamental sobre el Tratado. En efecto, la obra trata no de la *Constitución*, sino de la *constitucionalización* de Europa, siendo el carácter dinámico la principal nota que cabe predicar de la misma; su lectura nos conduce, en estricto orden cronológico, desde la fase convencional, impropia de constituyente, hasta el momento inmediatamente previo a la adopción final del texto del Tratado; aunque de esa lectura se desprende que esa *constitucionalización* no había empezado con la Carta de los Derechos Fundamentales de diciembre de 2000 o con la Declaración de Laeken suscrita un año después, sino que arraiga, y esto es lo esencial, en principios y valores compartidos desde mucho antes.

El Profesor Cruz se esfuerza por alumbrar, pues, la existencia de un auténtico *espacio constitucional europeo*, en el que lo nacional-estatal y lo común se imbrican dialécticamente; y en el que esos elementos axiológicos traen causa del constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial, pero conservan su capacidad de proyección sobre el futuro de los Estados y, sobre todo, de una Unión política en trance de transformarse en verdadero *actor global*. Las dos principales virtudes de *La Constitución inédita* son, por tanto, el estar formada por artículos *a priori* independientes, entre los que el lector puede ir trazando un hilo conductor; y la grata impresión que produce todo libro que ilumina intuiciones que ya poseíamos con anterioridad a su lectura, pero en las cuales acaso no habíamos reparado. En especial, la idea de *constituyente compuesto* que queda apuntada ya en la *Presentación*, esto es, la mencionada implicación entre los espacios constitucionales de los Estados y la *constitucionalidad derivada* que contemplamos en la Unión; pero,

en suma, la naturaleza *bidireccional* del proceso: "El constitucionalismo de los Estados será europeo, o no lo será", afirma el autor en dicha *Presentación*.

El *Proemio* sobre *El espacio constitucional europeo* sirve de obertura al libro, en el que la Constitución Europea se presenta ya como *algo* destinado a repercutir sobre el orden constitucional estatal, generando un complejo jurídico-político formado por piezas de distinto alcance y en el que, sin embargo, no se prejuzga la posible estructura federal que haya de tener la Unión, pero sí el *componente multinivel* que aquél comporta, merced a la articulación de diferentes centros de poder con una fuerte descentralización. Cruz Villalón tiene claro, al menos en línea de principio, que la fuente última de legitimidad sigue residiendo en las *democracias* de los Estados, al lado de las cuales se superpondría la *democracia* europea, pálido reflejo de aquéllas, al estar necesitada de un ingrediente deliberativo hoy por hoy muy difuminado.

*La Constitución inédita*. La dificultad del debate constitucional europeo es el artículo que abre, propiamente, y da título a la obra, poniendo de relieve dicha preocupación en lo que al propio proceso constitucional atañe. Se plantea así si Europa es apta para convertirse en sujeto constituyente, con los mismos presupuestos fácticos y jurídicos exigidos en su día a los Estados que forman la Unión; el tiempo que nos separa del momento en que fue escrito el artículo otorga al lector una inesperada ventaja sobre el autor, al poder comprobar la realización de sus afirmaciones y pronósticos de: en particular, ese adjetivo *inédita* que hace que parezca que todavía no existe la Constitución Europea. No en el plano jurídico, en el que el futuro es incierto a la vista del pendiente proceso de referendos y ratificaciones; sí en el del consentimiento inicial de los Estados y en la legitimidad de que, al menos, está revestido *a priori* el Tratado.

En todo caso, el Profesor Cruz desvela aquí la primera intuición fundamental con la que atraer la atención del lector: acaso la simple mención de una *Constitución Europea* es suficiente, por la honda connotación que rodea a ese término en la cultura jurídico-política, incomprensible sin él, para generar el debate constitucional, pero éste no está ni mucho menos exento de problemas ni, desde luego, de paradojas. Cruz los expone en una secuencia que se repite a lo largo de los siguientes artículos, repasando sus distintas vertientes hasta dar con algún esbozo de respuesta, o hasta dejar delimitados los términos de la cuestión, llamando a la reflexión de quien comparta algunas de sus perplejidades, de las que dan cuenta las visiones sucesivas de la Constitución como analogía, como categoría y como forma o formali-

zada. La Constitución es una señal de identidad europea, nos dice, pero sin obviar que las categorías y conceptos que derivan de ella han de encontrar un adecuado cauce de implantación a partir de los elementos básicos sin los cuales su aplicación real y efectiva a la Unión no puede darse por descontada.

*Política constitucional de la Unión Europea: un marco de análisis* descende del plano jurídico-público a otro que, sin abandonar el anterior completamente, englobaría la dimensión más complicada de la *doble constitucionalidad* de los Estados en tanto que pertenecientes a la Unión: el condicionamiento de sus respectivos sistemas por el orden constitucional común, hasta el punto de afectar al mismo modo que tienen aquéllos de existir.

La política constitucional *comunitaria* se erigiría así no en una *policy* más, sino en la realmente determinante del grado de integración europea considerado en su conjunto; se invierte la perspectiva habitual y dominante de análisis, situándose el foco en la propia Unión y no en los Estados al acomodar sus textos fundamentales en función de aquel vínculo de pertenencia. Tema, pues, de la mayor relevancia, que el Profesor Cruz desgrana en las siguientes partes: las premisas, así como las *posibilidades y límites* de la armonización constitucional, concepto claramente ligado al gobierno multinivel que se predica de la Unión; el análisis de cómo se ha efectuado esa armonización en las Constituciones de los Estados; y su *mise en oeuvre* en el Tratado constitucional por medio de los valores comunes fundantes de la propia Unión.

Aunque hayamos señalado que el autor no prejuzga el carácter *federal* de la Unión, pocas dudas caben acerca de su consideración, cuando menos, como *supranacional*. Contando con que la idea de armonización debería ser familiar a las mentes jurídicas formadas en sistemas descentralizados, la misma es analizada hasta desembocar en una *homogeneidad constitucional* próxima a ese *federalismo de ejecución* que ha servido para explicar el funcionamiento de la Unión. El *patrimonio constitucional europeo* resulta ser así un concepto decisivo, en sus partes sustantiva y procedimental, esenciales por proporcionar una base sólida; pero sin que por ello se desdeñe el *domaine réservé* a las Constituciones de los Estados, que acogen el *hecho europeo*, su intrusión libremente consentida, como relevante, hasta vivir una suerte de expropiación en virtud de las consecuencias de la expansión de la propia política constitucional europea.

*El papel de los Tribunales Constitucionales nacionales en el futuro constitucional de la Unión* toca un tema muy próximo a la experiencia del Profesor

Cruz, quien entra ya en aspectos de los grandes temas planteados en los trabajos anteriores; aquí, la dimensión jurisdiccional de la integración, llamada a seguir figurando entre las más fecundas. Se parte de unas dificultades, como la estatalidad *introspectiva* de los Tribunales constitucionales allí donde existen, dadas las notas de *asimetría* y *heterogeneidad* de los diferentes sistemas; siguen rasgos específicos de la *constitución europea* como suma del Tratado y de las Constituciones nacionales, entre ellos un hallazgo que el jurista del Estado de las autonomías no puede dejar de saludar: el *bloque europeo de la constitucionalidad*, basado en criterios de singularidad, metaconstitucionalidad recíproca y adaptación de la Constitución nacional a la de la Unión; y se termina concretando el papel de las jurisdicciones constitucionales estatales en conjunción con el Tribunal de Justicia, siendo el objetivo general la generación de aquel *espacio constitucional europeo*.

Éste se articularía, al menos, de tres formas: el control previo de las reformas de ambas clases de Constituciones; el control sucesivo, con la configuración de un privilegio jurisdiccional de la Constitución nacional, lo que no significa sino la introducción de un *canon de europeidad* en la cuestión de inconstitucionalidad o de un *canon constitucional nacional* en la prejudicial; y la *garantía recíproca de la constitucionalidad* por parte de ambos tipos de jurisdicciones. Adopta Cruz Villalón una perspectiva, en todo caso, abstracta y formalista, lo que es de agradecer como modo de proceder intelectual; es, en suma, una visión de la implicación respectiva de los dos órdenes constitucionales en uno superior que los acoge y resume, dejando al lector la búsqueda de los elementos materiales en los que apoyar ese núcleo compartido, entre los cuales se adivina la presencia indudable de principios, valores y derechos. Este artículo y los que le siguen dejan entrever que no estamos –o no sólo– ante un simple conflicto propio de la teoría de las fuentes del Derecho o la resolución, sin más, de una colisión entre ordenamientos jurídicos, que pueda despacharse como un problema algebraico.

*Las Autonomías regionales en el proyecto de Tratado/Constitución para Europa* es un trabajo de gran relieve para quien vive y opera en un Estado territorialmente descentralizado, aunque el autor recuerde que la Carta de Niza no reconoce un supuesto derecho a la autonomía territorial, cuya catalogación sería difícil y que caería en la controvertida categoría de los derechos colectivos. La idea de autonomía forma parte indisoluble de ese constitucionalismo multinivel del que Cruz da cuenta; y es un tema del que el autor conoce el juego que puede dar, a la vista del proceso vivido en España: un inmenso



pero fructífero desapoderamiento de competencias del Estado hacia los niveles regional y local, de un lado, y supranacional, de otro, de manera que la presencia de, como mínimo, cuatro niveles de poder ha multiplicado los cauces de relación, así normativos y orgánicos como funcionales, entre los mismos, sin que ello se haya agotado a día de hoy, como muestran las propuestas que se efectúan al final del artículo.

Entre las premisas o dificultades intrínsecas, comienza el autor por tratar el problema de la *identidad* de esas autonomías, que cuenta con una vertiente jurídico-pública, en función del tipo de descentralización que se haya acometido en cada Estado, siendo así que sólo las regiones con competencia legislativa alcanzan *relevancia constitucional*, aun con notables diferencias en su configuración y en el *modo* en que se haya gestado la autonomía; pero también con una heterogénea dimensión política: Europa sigue estando poblada de lo que en España conocemos como *nacionalidades* y acaso acabemos llamando *comunidades nacionales*. Trata de responder Cruz Villalón al desafío recuperando ideas de los anteriores artículos: el constitucionalismo complejo y la naturaleza materialmente constitucional de los Tratados. La idea aquí alumbrada se toma prestada de Ingolf Pernice: Europa como *Unión de Constitución*, "como categoría mucho más específica que la categoría de Derecho", dice el autor para mejor entender el acento jurídico que quiere poner en el concepto. Se trata de ideas de honda raigambre federal, lo que nos haría concluir que Cruz se decanta por ese modo de distribución del poder; apunta la paradoja de que Europa esté dotada de una Constitución, un "orden jurídico fundamental", sin ser un Estado, dando idea del carácter *débil, reflejo y derivado* de su constitucionalismo, si acaso simplemente material, frente al *fuerte y originario* de los Estados.

Una segunda premisa viene dada por el obstáculo de la *asimetría*, que cobra un sentido delimitador de la construcción europea, *a varias velocidades*, pero también como permanente e inacabado proceso, "una suma de pasos constituyentes", en feliz expresión de Cruz. Con todo, aclara el autor que el problema se desenvuelve en el nivel de los Estados en función de su organización territorial, en la que se detecta una paulatina preferencia por diferentes grados de descentralización política, pero que desemboca en una *igualación por abajo* en demérito de las autonomías. La presencia de la cuestión en el proceso que ha llevado al Tratado Constitucional ha sido más bien discreta, según se constata, salvo en lo tocante al principio de subsidiariedad. En la parte final del estudio, el autor señala tres posibles modelos abstractos de

incorporación de las autonomías a la Constitución a partir de la experiencia española, valiosa en este terreno: el basado en su *constitucionalización*, que colisiona con las premisas precedentes y comportaría acaso la creación de un Senado europeo; la *desconstitucionalización*, que remite la *identidad* de las autonomías al constitucionalismo de los Estados, a su *identidad constitucional*, siendo su ordenación interna indiferente; y, como *tertium genus* superador de este estado de cosas, la *constitucionalización mediata* o *indirecta*, similar a nuestro modelo de 1978, en la medida en que parte de la traslación del principio dispositivo al nivel europeo.

No se oculta a Cruz Villalón la audacia ni las dificultades de su posición, ligada a la confluencia de órdenes constitucionales, teniendo en cuenta que ciudadanos y Estados, y no *pueblos* o *naciones*, son los sujetos constituyentes; identifica cuatro dimensiones o facetas de cómo la cuestión regional o autonómica debiera haberse reflejado en la Constitución, identitaria, finalista, orgánica y funcional, que son asociadas, respectivamente, a las ideas siguientes: reserva de estatalidad, garantizada por la identidad nacional, o remisión flexible a las Constituciones nacionales; cohesión en su doble veste social y territorial; carácter consultivo del Comité de las Regiones e inexistencia de un procedimiento electoral uniforme para el Parlamento Europeo, punto en que el autor se permite esbozar alguna sugerencia para España; y articulación del principio de subsidiariedad. El paralelismo con el sistema autonómico culmina con la idea según la cual la Constitución que se extiende a un ámbito territorial superior no agota por sí sola, sino que ha de reenviar el reparto de poder, en gran parte, a las Constituciones o Estatutos que alcanzan a un nivel más reducido, así como a su desarrollo y práctica ulterior.

Con *Algunas alternativas ante la ratificación de un "Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa"* entramos en el aspecto quizá más problemático del proceso constitucional europeo, en la medida en que afecta a la misma implicación entre los órdenes constitucionales común y estatales, planteando cuestiones esenciales para la teoría de las fuentes del Derecho en punto a la integración entre ordenamientos jurídicos de distinto origen y legitimidad, y otras relativas a la exigencia o, cuando menos, conveniencia de la reforma de las Constituciones nacionales. Nuevamente la ventaja del lector sobre el autor se cifra en conocer el *iter* posterior de los hechos, como el contenido de la Declaración del Tribunal Constitucional español 1/2004, de 13 de diciembre, controvertida no tanto por sus certeros y convincentes ar-

gumentos, que lo sitúan en la órbita de la doctrina de sus más eminentes homólogos, cuanto por su demasiado sucinta fundamentación, basada en demasiados sobreentendidos y debida acaso a las prisas impuestas por el referéndum consultivo que citábamos *supra*.

El objetivo de Cruz Villalón se sitúa aquí en exponer esas alternativas que, a su juicio, se dan para la incorporación del Tratado Constitucional al ordenamiento jurídico español: así, constata que la C.E. no contiene cláusula específica de apertura en tal dirección, dentro de las tres gradaciones que el Capítulo III del Título III admite. La más agravada de ellas, utilizada para las ratificaciones de los Tratados comunitarios, prevé la aprobación de una Ley Orgánica –norma, pues, en ningún caso de rango constitucional–, y se refiere al *hecho europeo* de manera indirecta y no exclusiva; el constituyente “no ha previsto una *duplicación* de la categoría constitucional, que es lo que el proyecto convencional en principio supone (un ‘constituyente paralelo’)”. En suma, *prima facie* ha de ser respetada la naturaleza de Tratado internacional, por reforzado y *materialmente constitucional* que queramos verlo, de la Constitución Europea, como sostiene la generalidad de la doctrina, contradiciendo buena parte de las tesis hasta ese momento sostenidas en esta obra, y siendo aquí donde mejor se plasma su carácter fragmentado.

Las dos opciones que el autor plantea ante esta situación tienen un lejano parentesco, curioso e involuntario, con las consideraciones del Tribunal Constitucional en relación con el art. 93 de la C.E.: precepto *de índole orgánico-procedimental* en la Declaración 1/1992, de 1 de julio; con una dimensión *sustantiva o material que no cabe ignorar* en la Declaración 1/2004. Existiría una vía procedimental, con un referéndum no meramente consultivo o con aprobación parlamentaria por mayorías reforzadas, y que encontraría la desventaja –lo que Cruz no advierte aunque quizá esté pensando en ello– de una *bicefalia constitucional*, al implicar la existencia de un *bloque constitucional superior*, sobre todo en el supuesto que el autor prefiere, el de reforma del Título X de la C.E.; y otra sustantiva o estructural, que supondría la compaginación de ambos textos constitucionales estrictamente tales, con idénticas consecuencias.

Cruz intuye la potencial contradicción que se encierra en ello, sobre todo del art. I-6 de la Constitución Europea con el capital art. 9.1 de la C.E., y que el Tribunal Constitucional ha resuelto llanamente con la diferenciación entre los principios de *primacía* y *supremacía*, en función de que juguemos con relaciones entre normas de distintos ordenamientos o del mismo. La conveniencia, si

no necesidad, de reformar preceptos del Título Preliminar de la C.E. –no impedida, desde luego, por la Declaración 1/2004; antes al contrario, incluso se sugeriría, al menos, respecto de Títulos que pudieran ser reformados por el art. 167– es lanzada por el autor, en aras del mantenimiento del *nivel de normatividad* dado desde 1978: una suerte de *rebus sic stantibus* o de reforma obligada por alteración sustancial de las condiciones que hicieron posible el pacto originario. Sin embargo, ni el Tribunal Constitucional ha apuntado en esta dirección ni lo gravoso de la vía del art. 168 hace aconsejable acudir a la misma, por mucho que podamos estar en presencia de la revolución normativa que Cruz muestra. La complejidad del proceso de ratificaciones en los veinticinco Estados sería otro elemento disuasorio, y la comunidad de principios y valores que la Declaración 1/2004 reputa decisiva para apreciar la no contradicción entre los dos textos nos aleja también de la activación del *constituyente constituido* con que se blindó el *constituyente puro* de 1978; otra cosa es una reforma del mismo art. 93, o de preceptos más *nucleares* como el 10.2 para acoger la Carta de Derechos Fundamentales.

Cruz Villalón se pregunta retóricamente sobre la posibilidad de poner en marcha, de manera semejante a como se hizo en 1992, el mecanismo del art. 95 de la C.E., sólo que la retórica desaparece a la vista de lo ocurrido a partir del Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de noviembre de 2004: Declaración de 13 de diciembre, referéndum consultivo el 20 de febrero de 2005, con resultado favorable a la ratificación, y verificación de ésta por vía del art. 93 sin perjuicio de una reforma de la C.E. bastante ajena a este proceso, ya veremos si lo suficiente como para incurrir en la tacha que el autor pone a sus en parte no cumplidos pronósticos. Eso sí, subsiste la *esquizofrenia* de incorporar el *Tratado*, esto es, la veste formal, por Ley Orgánica conforme a ese art. 93, y la *Constitución* por la modalidad de referéndum más *rebajada* –aunque las circunstancias hayan hecho superflua la aprobación de la L.O. 17/2003, de 28 de noviembre–; difuminando así la frontera entre las *decisiones políticas de especial trascendencia* que figuran como su objeto en el art. 92 y las revisiones de la Constitución nacional, que, *a fortiori*, lo son de la *mayor trascendencia*. Afloran de nuevo las dudas y objeciones sobre la existencia de un *démos* europeo y los rasgos que ha revestido la elaboración del Tratado Constitucional, sobre el que, cada vez más, se ignora si existe una auténtica opinión pública (in)formada.

*La Carta, o el convidado de piedra (una mirada a la Parte II del proyecto de Tratado/Constitución para Europa)* trata, por fin, el tema de los derechos funda-

mentales, central e inherente a todo constitucionalismo que así se haga llamar y al europeo en particular, y se hace eco de las decepciones provocadas en la comunidad jurídica por las dos oleadas de recortes que su reconocimiento a esta escala ha ido sufriendo: la no atribución de verdadera eficacia en Niza, dada su *proclamación solemne* en diciembre de 2000, y, llegada la hora de erigir la Carta en parte dogmática del Tratado Constitucional, la inclusión de las *cláusulas horizontales* interpretativas de los mismos, fuertemente restrictivas de esa eficacia.

Siendo el de los derechos el aspecto en el que Europa se ha ido *constituyendo* materialmente de forma más marcada, en paralelo a la evolución jurisprudencial de los dos Tribunales con dimensión continental llamados a contribuir a esa construcción, además de los Constitucionales, y el origen de la *Constitución* formal en la primera Convención, a día de hoy se duda si la convivencia de hasta tres estatutos de derechos en el conjunto del espacio europeo –Constituciones estatales, Carta y Convenio de Roma– es lo más conveniente para su garantía; más aún, las disposiciones horizontales, junto con las *explicaciones* de esa primera Convención, adosadas a modo de *manual de instrucciones*, nos hacen volver la vista hacia Estrasburgo como remedio al vértigo que, ante los supuestos riesgos de un panorama excesivamente garantista, ha podido sentir el constituyente europeo en presencia de tres ámbitos protectores de derechos. Cruz vuelve a dividir su discurso en tres partes: la Carta *prescindible*, incluida como Parte II del Tratado Constitucional; *transparente*, por el mantenimiento y refuerzo de las cláusulas horizontales; y *explicada*, por la introducción de esas explicaciones como parte de su contenido.

Que la Carta incide en un sistema de derechos preexistente es algo que no admite discusión; distinta era la necesidad de una tabla de derechos con vocación no meramente declarativa, sino de plena eficacia, según la lógica del *como si*: si en el artículo anterior se ponían de manifiesto las disfunciones derivadas de que la C.E. asumiera la Constitución Europea casi *de espaldas* a ella, aquí ocurre algo similar por cuanto la Carta *se incrusta* en el Tratado Constitucional como un elemento extraño... pero vital para que el mismo tenga, al menos, algo de constitucional. Sin embargo, la realidad de aquella eficacia queda rápidamente desmentida por una disfunción, si cabe, mayor que la anterior.

A las competencias de la Unión como límite absoluto en su ámbito de aplicación (art. II-111) se une el condicionamiento de su ejercicio por las res-

tantes Partes de la Constitución (art. II-112.2), un radical desmantelamiento y una sorprendente inversión del *efecto irradiación* de los derechos fundamentales y de la atribución, a los mismos, de un lugar privilegiado desde el que imponerse a las demás esferas del sistema constitucional y ramas del ordenamiento, desactivando tanto su contenido esencial, como núcleo irreductible que los hace reconocibles a la sociedad y al intérprete, como su capacidad de impregnar cualesquiera manifestaciones del poder público. Asimismo, la igualación a la garantía contenida en el C.E.D.H., sin perjuicio de una protección más extensa por el Derecho de la Unión (art. II-112.3), lo que Cruz interpreta como una remisión dinámica en cuanto a aquella equiparación, con la paradoja de que en ese "Derecho de la Unión" deben entenderse incluidos, a título de principios generales, los propios derechos del Convenio de Roma (art. I-9.3), de manera que nos vemos envueltos en una especie de razonamiento circular... que se complica con el art. II-112.4, sobre interpretación armónica de los derechos de la Carta con las tradiciones constitucionales comunes en cuanto reconozca derechos resultantes de éstas, los cuales también gozan de la condición de principios generales del Derecho de la Unión a tenor del mismo art. I-9.3. A estas reglas habría que añadir la del art. II-113, relativa al nivel de protección de la Carta, nunca limitativa de los otros referentes.

El art. II-112.5 incluye una regla interpretativa de sonoridad cercana al jurista español, por su inspiración en el art. 53.3 de la C.E., partiendo en dos los derechos en razón de su plena aplicabilidad: los que se formulan mediante principios precisan de una *interpositio legislatoris* que además es voluntaria: de una configuración legal no preceptiva, y que sólo así los hace vinculantes. De nuevo se esfuma cualquier esperanza de asirse al contenido esencial como garantía normativa, así como todo atisbo de ver en los derechos sociales algún rasgo que los *fundamentalice*, o que obligue a considerarlos *tan constitucionales* como los demás. La *zona de penumbra* aumenta no ya por la caracterización de los principios como *mandatos de optimización* susceptibles de una realización graduable, sino porque ni siquiera están identificados de manera cierta en los enunciados de la propia Carta.

Por fin, a esta *transparencia* de la Carta como documento por el que transitan el resto de textos que *tienen algo que decir* sobre los derechos fundamentales se suma la incorporación, a través del art. II-112.7 y del Preámbulo de la propia Carta, de las *explicaciones*, que se imponen como regla interpretativa a las jurisdicciones comunitaria y nacionales y que hoy integran la n° 12

de las Declaraciones anexas al Acta final de la Conferencia Intergubernamental, un modo ciertamente *sui generis* de darles publicidad y relevancia. Su utilidad es más bien escasa, como el propio Cruz se encarga de recordar, bien por reiterativas de reglas ya sabidas, bien por no esclarecer las que se espera encontrar en ellas. En síntesis, la incorporación de la Carta a la Constitución Europea aparece como un proceso complejo en su gestación y de resultados poco edificantes, muy lejos de documentos históricos fundadores del orden democrático liberal en cuyo humus arraiga el Tratado Constitucional; pero el autor no excluye que la Carta vaya adquiriendo un protagonismo futuro por obra de su aplicación y desarrollo jurisprudencial.

Sirve de corolario al libro el último de los artículos, *Constitución nacional y Constitución europea*, en el que se exponen ideas ya incluidas en los anteriores, señaladamente la constitucionalización de la relación entre ordenamientos comunitario y estatales, de forma que cada uno ha de interiorizar el fenómeno. La Constitución como norma suprema en el interior de cada Estado impone una peculiaridad en su respectiva conexión con el Derecho de la Unión, siendo así que el autor cuestiona, esta vez explícitamente, que ese puesto máximo en la *Stufenbau* pueda atribuirse igualmente al Tratado Constitucional, ya que la incorporación a la Unión no implica pérdida de la estatalidad de sus miembros. Desgrana Cruz esa singularidad de los textos constitucionales, concebidos como mónadas, con una finalidad suficiente para afirmar su posición; sólo los Estados federales ofrecen un ejemplo de convivencia entre Constituciones de distinto alcance, regida por principios trasladables, con alguna modulación, a sistemas como el español, y cuyos caracteres de *constitucionalidad compleja* pueden servir, en parte, para explicar el proceso europeo. Éste, se dice, “plantea una nueva pluralidad constitucional”, en el que el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa reúne una doble naturaleza, de la cual interesa destacar aquí nuevamente la constitucional.

En este contexto, caracteriza a los modos de interacción entre Constituciones la metaconstitucionalidad recíproca, que el autor desglosa en tres ideas: la Constitución nacional como *metaconstitución* de la Unión Europea, haciendo suya la integración mediante *cláusulas europeas*, expresas o implícitas, que difuminan aquella condición, la cual sólo reúnen en cuanto “prefiguran el carácter de la Unión Europea”, como “cláusulas de garantía estructural”, determinando la identidad y autonomía constitucional de la Unión; la Constitución Europea como *metaconstitución* del Estado miembro, plas-

mada en los principios y valores recogidos en el art. 1-2, auténtico marco destinado a regir en los Estados; y los límites de la interacción, por la coincidencia material de ambos órdenes. En cuanto a los modos de comprensión de esta pluralidad, descartados los del sistema federal, opta Cruz por el constitucionalismo *débil*, la *Unión de Constitución* dentro de una estructura multinivel y la idea del constitucionalismo dual, llegando como conclusión a los principios de concertación e inclusión constitucionales.

Termina el libro con una rememoración de la etapa vivida por su autor en Berlín, en el *Wissenschaftskolleg*, en su *Epílogo. Conversión*, que nos deja un agradable sabor evocador del wendersiano cielo berlinés bajo el cual Pedro Cruz Villalón gestó buena parte de las ideas de *La Constitución inédita*. Y es que hay pocas maneras mejores de sentirse europeo que contemplar desde sus calles la ciudad que tal vez resume mejor la Historia europea reciente, el paisaje del ángel que corona la *Siegestsäule*, en medio de la arboleda del *Tiergarten*, con la Puerta de Brandeburgo y el *Reichstag* de fondo; o las largas avenidas al otro lado, a los costados de Unter den Linden, que igualmente hemos visto recreadas en la versión cinematográfica de *El hundimiento*, reflejo de la Europa felizmente superada por la gran realidad artificial de la Unión.

ESTEBAN GRECIET GARCÍA

*Letrado de la Asamblea de Madrid*

e-mail: egreciet@asambleamadrid.es



**M<sup>a</sup> José PAREJO GUZMAN, *La eutanasia ¿un derecho?*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2005, 473 pp.**

OSCAR CELADOR ANGÓN  
*Universidad Carlos III de Madrid*

**PALABRAS CLAVE:** eutanasia, Derecho comparado, dignidad humana

**KEY WORDS:** euthanasia, comparative Law, human dignity

La monografía analiza la problemática jurídica planteada por la eutanasia, en cuanto una manifestación del derecho a la libre disposición, tanto en el ordenamiento jurídico español como en el derecho comparado. Con este objetivo, la autora divide su trabajo en cuatro capítulos claramente esbozados: Régimen jurídico de la eutanasia (Capítulo I), Naturaleza jurídica de la eutanasia (Capítulo II), Fundamentación jurídica de la eutanasia (Capítulo III), y la conceptualización y contenido de la eutanasia (Capítulo IV).

La parte del libro dedicada al derecho comparado se centra fundamentalmente en los ordenamientos jurídicos belga y holandés. El análisis y estudio del derecho comparado es serio y riguroso, y a este respecto me gustaría destacar la claridad y la precisión con las que la profesora maneja ambos, lo que ayuda enormemente al lector para conocer como se ha regulado la eutanasia en ambos sistemas jurídicos. Todo ello pese a la dificultad añadida de enfrentarse al estudio de sistemas jurídicos que poco o nada tiene que ver con el nuestro, pero que la autora ha solventado con un manejo sobresaliente de la legislación, doctrina y jurisprudencia inglesas.

Los debates en torno a la eutanasia son tan variados como conflictivos, y tienen como epicentro el contexto constitucional. El artículo 10.1 CE expone que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social”. Por su parte, el artículo 15 CE establece que “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena

de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra". Así las cosas, por una parte, el artículo 10 CE establece que el fundamento del orden político y la paz social lo constituyen la dignidad de la persona y sus derechos; y por la otra, el artículo 15 protege el derecho a la vida, pero no a una vida cualquiera sino a una vida –de acuerdo con el artículo 10– digna que no puede ser sometida a tratos degradantes o inhumanos.

Una aclaración, especialmente necesaria ante los planteamientos que determinados sectores sociales, políticos y religiosos, han realizado sobre la eutanasia. La eutanasia en ningún momento puede definirse como un mecanismo que el Estado de derecho ofrece a sus ciudadanos para quitarlos la vida, ni así lo hace la autora ni los defensores de la misma. La eutanasia, muy por el contrario, es un derecho –de regularse así– que asiste a los individuos mayores de edad que se encuentran en una situación extrema (como una enfermedad incurable, crónica e irreversible con resultado de muerte), no pueden quitarse la vida por sí mismos (por ejemplo por encontrarse privados de la libertad necesaria para incluso alimentarse o mover sus extremidades), y realizan una manifestación inequívoca y conciente para que un tercero les libere de la carga que para ellos supone seguir viviendo.

La pregunta que en situaciones como las aludidas debe plantearse el legislador es: en que medida el derecho a la vida digna puede ser transformado por la obligación a vivir en condiciones que el sujeto que reclama la eutanasia – el único legitimado– entiende que no son dignas, ya sea por el grado de degradación humana como por el dolor –físico o psíquico– que su propia existencia le genera. Lo contrario, es decir no tomar una decisión legislativa a este respecto, no supone no hacer nada, sino todo lo contrario, ya que implica obligar a los individuos que se encuentran en la situación aludida, y que así lo quieren –pues porque podría darse la posición contraria, que es igual de legítima– a vivir una vida que no quieren vivir, que no se pueden quitar, y que en su propia opinión –que es la importante a este respecto– no es digna, por lo que reclaman del Estado que dado que ellos no pueden quitarse la vida ponga a su disposición dicha posibilidad.

Cualquier regulación de un terreno tan delicado como es la libre disposición de la vida está llamada a la crítica, más que injustificada, por aquellos que entienden que solo Dios puede quitarnos la vida porque el nos la da, o por lo intolerantes que recurren al argumento del temor, al argumentar que esto servirá para suprimir a los inválidos o para dar un cheque en blanco a

los que quieran quitarse de en medio a sus familiares mas mayores. Pues bien, nada de esto tiene que ver con el planteamiento del excelente libro de la Profesora Parejo, ya que la eutanasia no obliga a nadie a quitarse la vida, lo mismo que tampoco se la quita a terceros inocentes.

\*\*\*

Las conclusiones de la autora se fundamentan en los países del Derecho comparado que han regulado la eutanasia, y en especial las leyes que entraron en vigor en Holanda y en Bélgica en septiembre del 2002 despenalizando determinadas modalidades de la eutanasia. Para los autores los ordenamientos jurídicos propuestos, si bien son interesantes desde el punto de vista conceptual, especialmente porque suponen un avance importante en la despenalización parcial de la eutanasia, cuando el paciente acredita su voluntad de morir, y por lo tanto no extendiéndose a aquellos pacientes que no pueden expresar libremente su voluntad, "situación cada vez mas presente en este tipo de realidades y a que, sin duda, también debe darse una respuesta adecuada de reconocimiento por parte de los ordenamientos jurídicos".

En el caso español, por el contrario, no existe una ley que se haya preocupado de la eutanasia, probablemente por la presión social y mediática que esto supondría. Curiosamente tanto los defensores como los detractores de la eutanasia soportan sus discursos en el derecho a la vida "digna" a la que se refiere el artículo 15 de nuestra Carta Magna. Para unos el derecho a la vida digna implica que la vida es un derecho y no un deber, por lo que atendiendo a la dignidad del ser humano debe entenderse como un derecho de libre disposición. Mientras que para otros, el reconocimiento de la eutanasia supondría una vulneración del derecho a la vida, entendiendo que estaríamos ante una auténtica pena de muerte que se aplicaría a determinados colectivos.

Uno de los aspectos más interesantes del trabajo de la Profesora Parejo es su análisis de la relevancia jurídica del consentimiento del paciente, el cual "reviste una importancia insustituible, en cuanto que la legislación y la jurisprudencia han configurado al tratamiento médico como un derecho de aquel al que corresponde la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para cualquier intervención". Precisamente, el requisito del carácter escrito del consentimiento parece preocupar a la autora, la cual entiende que "el legislador hubiera estado más acertado si hubiese optado

por señalar que, en este caso, el derecho a tomar la decisión corresponderá al criterio médico objetivo de un comité de expertos y especialistas de la medicina, en aras de una mayor seguridad jurídica y mayores garantías, siempre que no exista aparición de un representante legal de la familia más próximo, en cuyo caso deberá resolver el juez" (p. 435).

Las coordenadas sobre las que giran las conclusiones de la autora referidas a la naturaleza jurídica de la eutanasia son dos: por una parte, que la eutanasia se tipifique como una conducta jurídica no punible; y por la otra, la necesidad de que legislador promulgue una regulación jurídica específica, teniendo en cuenta que la regulación de la eutanasia cuenta con zonas grises, o si se prefiere de difícil concreción, cuando no está clara la voluntad del paciente, o cuando ésta no consta por escrito. En este punto destaca la posición de Jakobs, para el cual sería un acto de pura crueldad gratuita excluir a los pacientes no capaces de consentir del derecho al tratamiento, ya que, aunque reconoce que la solución no es razonable hoy para la eutanasia directa, predice que lo será en el futuro, cuando estas situaciones pasen a ser frecuentes y se modifique lo que los médicos tienen por estándar cambiando el sentido de la presunción en los casos de voluntad no comprobada (p. 440).

Por lo que respecta a la fundamentación jurídica de la eutanasia, la doctora Pareja intenta solucionar aquellos interrogantes que llevan a considerar como fundamental el análisis de todo aquello que pueda condicionar la respuesta a las siguientes cuestiones: el derecho/deber a la vida, el derecho/deber a la salud, el derecho a la muerte, el respeto a la dignidad de la persona humana, el derecho a la dignidad humana, el derecho a la libertad de pensamiento e ideas, el derecho a la libertad ideológica o a la religiosa, o el derecho a disponer libremente del cuerpo (p. 444). Se trata de una batería de cuestiones cuya resolución ha obligado a la autora a realizar un estudio claro y minucioso de nuestro ordenamiento jurídico, con el objeto de despejar las sobras y de aportar luces a una materia de por sí compleja y poco estudiada.

En el terreno de la fundamentación jurídica de la eutanasia, autora es partidaria de fundamentar la misma en el derecho a la libre disposición de la propia vida por parte del titular del derecho a vida, que para la autora es el enfermo o el paciente terminal, cuando éste ha prestado previamente su consentimiento a la práctica eutanásica.

La parte final del trabajo se dedica a la conceptualización y a la determinación del alcance y contenido de la eutanasia, ya que esto le servirá como

punto de partida para una posterior reflexión sobre la licitud o la conveniencia de las prácticas eutanásicas; todo ello desde la óptica del ejercicio a la libre disposición de la propia vida.

Por este motivo, Profesora Parejo se ve obligada a ofrecer a los lectores una definición de lo que entiende por eutanasia: "un ámbito de libertad por el que a toda persona en una situación de enfermedad terminal e irreversible y estando abocada a una muerte próxima, considerándose que su vida carece de la calidad mínima para que merezca el calificativo de digna, le es reconocida la facultad de decidir, pedir o solicitar que se lleve a cabo la acción eutanásica" (p. 446). La definición que nos ofrece la autora parte de una concepción jurídica de la eutanasia como un derecho que se ejerce en un ámbito de libertad, y por lo tanto como una facultad de decidir, pedir o solicitar la eutanasia a partir de determinados condicionamientos objetivos, como el hecho de encontrarse ante una enfermedad grave, terminal e irreversible, que conducirá al paciente de forma inexorable hacia la muerte.

Igualmente la autora nos ofrece una definición de la acción eutanásica, la cual entienda como: "aquella conducta, llevada a cabo en todo caso por un médico, consistente en un hacer (acción), en un dejar de hacer lo posible o en un mero no hacer (omisión), que tiene por fin paliar, de la manera menos dolorosa posible, el sufrimiento o la situación de dolor extrema, e incluso anticipar la muerte, de una persona que, consintiendo o no pudiendo prestar su anuencia a ello (debiendo ser sustituida su decisión sobre la acción, en este último caso, por la voluntad -expresa- de morir de la que hubiera dejado constancia esa persona, anteriormente, en un documento escrito -testamento vital-, o, en su defecto, por la cualificada decisión de un comité de expertos y especialistas de la medicina), se encuentra en una situación de enfermedad terminal e irreversible y está ya abocada a una muerte próxima, considerándose que su vida carece de la calidad mínima para que merezca el calificativo de digna" (p. 447).

La combinación de los conceptos señalados lleva a la autora a concretar cuales son, en su opinión, los elementos que conforman el contenido de la eutanasia: en primer lugar, para la Profesora Parejo la eutanasia es un derecho de libertad; en segundo lugar, la eutanasia es contenido del derecho a la libre disposición, y por lo tanto una manifestación de ese derecho de libertad; en tercer lugar, y en lo referente a los sujetos que intervienen en este proceso, el sujeto activo de la eutanasia es el paciente terminal, el sujeto pasivo es el Estado, ya que frente a estos debe ejercerse el derecho, y el agente

eutanásico, es decir la persona que produce la muerte de otra, entiende que debe ceñirse exclusivamente al personal sanitario; en cuarto lugar, la conducta eutanásica es definida como “aquella por la cual el sujeto activo de la acción eutanásica (el médico) provoca, por acción u omisión, directa o indirecta, la muerte de un enfermo terminal, ya sea a petición suya o sin ella”; y por último, la voluntad o el deseo del paciente, la cual “aun siendo un elemento decisivo, no resulta imprescindible, de forma que en aquellos supuestos en que el enfermo o paciente no pueda manifestar el consentimiento o no tenga capacidad para hacerlo dicha voluntad puede ser suplida por el mecanismo de un comité médico o, en última instancia, por los jueces” (pp. 447-448).

La monografía finaliza con diversas propuestas de *lege ferenda*, donde la Profesora Parejo se decanta por afrontar la problemática de la eutanasia a través de una ley específica donde se resuelva el debate planteado, en vez de a través de un apartado específico del Código Penal. En otras palabras, la autora es partidaria por afrontar el debate frontalmente, eludiendo la simple despenalización de determinadas conductas, o enviar la *patata caliente* a los jueces para que sean estos los que, interpretando el Código Penal, asuman las responsabilidades. Por este motivo, la autora es partidaria de considerar tanto a la eutanasia como a la acción eutanásicas como una actuación no punible.

Ahora bien, la Profesora Parejo es consciente de lo complicado de su pretensión, así como de la falta de madurez que padecen tanto la sociedad española como la europea, especialmente cuando, como ya hemos dicho, solo dos países europeos han regulado de forma específica la eutanasia. La predicción de la autora no es optimista, ya que según ella “habrá que esperar un poco más para que, poco a poco, en los distintos países, cada sociedad alcance una determinada madurez en relación a este tema y pida a su gobierno que inicie la legalización de la eutanasia, pero estamos seguros y convencidos de que, en unos pocos años, y quizás antes, el Tribunal Europeo acabará diciendo sí a la eutanasia en sus decisiones judiciales en el tema”. En otras palabras, hasta que las sociedades europeas abandonen su papel paternalista y de desconfianza en el individuo y sus acciones libremente llevadas a cabo, y por lo tanto dejen de tomar decisiones sobre el contenido esencial de las vidas de sus ciudadanos no comenzará un debate serio y riguroso sobre la temática.

\*\*\*

En resumen, con la publicación de este libro la profesora Parejo presenta a la comunidad científica los frutos de su tesis doctoral. El libro de la profesora Parejo constituye un trabajo de investigación valioso para los estudiosos del Derecho eclesiástico del Estado, que aborda una temática compleja desde una perspectiva valiente, con el objeto de ofrecer, tanto a los cultivadores del Derecho público en general y de los Derechos constitucional y eclesiástico en particular, un instrumento básico de estudio y consulta, en el que se encuentran recogidas de modo sistemática las cuestiones fundamentales que pueden plantearse sobre la eutanasia. Los motivos de la grata sorpresa que proporciona la lectura de una monografía de estas características pueden buscarse en muchos ámbitos: la calidad del trabajo, la complejidad de la materia, o el placer de encontrar obras que abordan el estudio de la temática desde una perspectiva transversal y completa. En síntesis, con la publicación de este libro, la profesora Pareja demuestra su capacidad para investigar en profundidad y con rigor científico, por lo que felicitamos a la autora y recomendamos la lectura de este trabajo.

OSCAR CELADOR ANGÓN  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
 e-mail: oscar.celador@uc3m.es

**Angeles SOLANES CORELLA y María Belén CARDONA RUBERT,**  
*Protección de datos personales y derechos de los extranjeros inmigrante,*  
**Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, 171 pp.**

MARÍA JOSÉ AÑÓN  
*Universitat de València*

**PALABRAS CLAVE:** derechos fundamentales, Constitución, intimidad, migración

**KEY WORDS:** fundamental rights, Constitution, privacy, immigration

La intersección entre el derecho a la protección de datos personales o “autodeterminación informativa” y el estatuto jurídico de las personas inmigrantes en España, sugiere problemas de alcance muy distinto, cuando se aborda con la profundidad con que lo hacen en este libro las profesoras Angeles Solanes y María Belén Cardona. Cuestiones proyectadas desde los principios explícitos orientadores de la legislación de extranjería tanto europea como española, aspectos relativos a la teoría de los derechos fundamentales, interrogantes nacidos del debate constitucional a propósito de la propia configuración del derecho al control sobre la información personal, dudas surgidas de las distintas modificaciones de la legislación de extranjería relativas al acceso y garantía de los derechos, el tratamiento de esa información por parte de las administraciones públicas o principios que se presentan como justificatorios para asignar una función de control de flujos migratorios a personas físicas y jurídica de carácter privado, como son los transportistas.

Angeles Solanes y Maria Belén Cardona han sido capaces, como advierte certeramente Javier de Lucas en el prólogo, de abordar toda esta gama de problemas, desde una toma de posición muy clara en materia de política jurídica de inmigración, en términos de la concepción política de inmigración y desde una rigurosa y matizada reflexión teórica sobre dichos aspectos.

Este libro somete a prueba la advertencia de que el garantismo del estado constitucional puede estrellarse frente al acantilado de la inmigración, que los derechos fundamentales proclamados para los nacionales de un país



e inspirados en un amplio abanico de principios protectores, pueden disolverse a través de una multiplicidad de situaciones diferenciadas y fragmentadas cuando hablamos de inmigrantes y de políticas de inmigración definidas únicamente desde parámetros como el control de flujos, la funcionalidad del mercado de trabajo y la seguridad pública. Desde la otra vertiente, tampoco es desdeñable la merma paulatina de nuestra capacidad efectiva de controlar la información personal, mediatizada tanto por el desarrollo tecnológico como por las restricciones que se aceptan derivadas también de exigencias de orden público y seguridad.

*Protección de datos personales y derechos de los extranjeros inmigrantes* propone un panorámico diagnóstico de situación y modula nuevas perspectivas de debate vinculadas, junto a otros aspectos, a las condiciones de acceso a los derechos fundamentales. Es sabido, que el reconocimiento de derechos a los extranjeros que viven en España ha estado recorrido por un principio básico: una equiparación parcial de derechos a nivel constitucional y un permanente y progresivo endurecimiento de las condiciones de acceso, permanencia y trabajo de los inmigrantes extracomunitarios, en niveles normativos inferiores. Es habitual que los argumentos ofrecidos para restringir las condiciones de acceso a los derechos arranque de los principios que nos son ofrecidos como orientadores de las “políticas migratorias” como contexto o causa mediata de la articulación jurídica (principio de control, lucha contra la inmigración clandestina y principio de integración), y de los que devienen diversas inconsistencias, que este libro pone de relieve de forma impecable. Estas ideas suelen ir aderezadas con razones normativas y sociales a partir de las cuales se justifica una atribución de soluciones normativas a supuestos considerados distintos (nacionales *versus* extranjeros), apuntalada en la vinculación entre inmigración, seguridad y orden público, de tal forma que es esta distribución desigual de los derechos la que genera exclusión o es ella misma excluyente. Puesto que aunque la normativa española ha tenido como objetivo permanente acabar con las situaciones de irregularidad, no ha establecido alternativas legales y flexibles para ello y buena prueba de ello son los procesos extraordinarios de regularización y de “normalización” que distintos gobiernos se han visto obligados a realizar cuando la situación ha llegado a cotas alarmantes, advirtiendo siempre de su excepcionalidad.

La jurisprudencia constitucional en nuestro país ha venido manteniendo, a partir de una interpretación conjunta de los artículos 10 y 13 de la

Constitución, una concepción del extranjero –extracomunitario– titular de derechos en términos de trabajador no permanente en nuestro país, titular de derechos segmentados o fraccionados. Si tenemos en cuenta las modificaciones introducidas por la LO 8/2000 y 14/2003, la titularidad de los derechos fundamentales quedaría sintetizada del siguiente modo: (a) Los extranjeros residentes (con autorización de estancia y/o trabajo) son titulares de derechos de reunión, manifestación, asociación y huelga, derecho a la educación no obligatoria, derecho al trabajo, a la asistencia sanitaria, ayudas en materia de vivienda, intimidad familiar y reagrupación, justicia gratuita. (b) Los extranjeros residentes (con autorización de estancia y/o trabajo) y si hay reciprocidad en los países de origen, son titulares del derecho de sufragio activo en elecciones municipales, (c) Los extranjeros indocumentados (sin las respectivas autorizaciones) menores de 18 años son titulares del derecho a la educación obligatoria. (d) Los extranjeros indocumentados y empadronados son titulares del derecho de asistencia sanitaria y a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003). De acuerdo con ello, resulta una obviedad subrayar que uno de los hilos conductores de este libro reside en la tesis en virtud de la cual las nuevas previsiones legales consagran un tratamiento diferenciado en función de las personas a las que pertenecen los datos personales, lo que sitúa a la ley 14/2003 en el ámbito de la inconstitucionalidad.

El examen del derecho a la protección de datos indica, no sólo lo infrecuente que resulta pensar en los inmigrantes como titulares de este derecho, sino también la importancia que cobra en la actualidad la tesis del carácter integral de todos los derechos fundamentales, así como las dificultades para seguir manteniendo categorías separadas entre derechos (tradicionalmente se habla de derechos civiles, políticos y sociales), puesto que incluso un derecho que originariamente tuvo una configuración en términos de libertad negativa, inmunidad o ausencia de intromisión de otros (como derecho a la intimidad), hoy no puede ser conceptualizado sin tener en cuenta su dimensión material, social o de libertad positiva, en tanto que incorpora todo un haz de libertades, pretensiones, potestades e inmunidades por parte del titular, necesarias para que pueda producirse el control sobre la información personal abordadas de forma precisa y contenida por parte de las autoras.

En él encontramos un análisis minucioso e inteligente del derecho a la intimidad y a la autodeterminación informativa, como garantías frente a la intrusión en la vida privada, los valores que lo sustenta, su categorización jurídica, regulación y su interpretación jurisprudencial, los principios cons-

titutivos de la esta institución: finalidad, pertinencia, legalidad, veracidad, cancelación, accesibilidad a los datos, consentimiento del afectado. Así como los derechos de la persona frente al tratamiento de sus datos: derecho de información, de consulta, de acceso, de rectificación, cancelación, de oposición, impugnación de decisiones basadas exclusivamente en tratamiento de datos.

Tras ello, el lector está en condiciones para comprender el sistema general de protección de datos en el ordenamiento jurídico español y a la vez permite a las autoras realizar un análisis comparativo de su aplicación cuando los titulares del derecho son personas inmigrantes extracomunitarias, al que dedican el capítulo dos. En este caso, los principios y derechos enderezados a proteger a las personas de intrusiones en su vida personal y a ejercer el control sobre sus datos personales, muestran una serie de condiciones excepcionales de dudosa constitucionalidad, como ocurre cuando la ley permite la cesión de los datos personales contenidos en ficheros automatizados a otras administraciones públicas distintas a las que los recabaron, para una finalidad que podría ser diferente a la que dio origen a su archivo y sin el consentimiento de los sujetos afectados. Y aunque es evidente la capacidad del legislador para regular los límites de un derecho como éste, en todo caso, no puede hacerlo sin respetar su contenido esencial; los límites tendrán que ser precios, ciertos, permitir la previsibilidad y su modo de aplicación. Con todo, es el legislador quien tiene que imponer tales límites y no parecen muy razonables los apoderamientos para que sea la administración quien lo haga. Por otra parte, el principio de finalidad impone que el derecho a consentir en que los datos sean recogidos y tratados no implica, en ningún caso, aceptar la cesión de tales datos que es una facultad exclusiva del sujeto y que también forma parte del contenido esencial del derecho. Así ocurre, por ejemplo, cuando se exige a las compañías de transporte la obligación de comunicar los datos que tengan sobre los pasajeros sin su autorización o cuando se señala que los datos del padrón municipal se cederán a otras administraciones públicas que lo soliciten sin consentimiento previo del afectado. Las autoras llevan a cabo una muy razonada propuesta a propósito de las posibles inconsistencias entre esta regulación y lo dispuesto en la constitución española, concretamente en el artículo 18.4.

Los capítulos tercero y cuarto abordan el tratamiento de información relativa a los extranjeros inmigrantes, de un lado, por parte de la Administración Local a través de la institución del padrón Municipal y, de otro lado, a

través de las obligaciones impuestas, en este sentido, a los transportistas. Las páginas dedicadas al padrón Municipal ofrecen un diagnóstico de situación claro y exhaustivo, sobre el sentido, función y límites del padrón y la reasignación de funciones en la que se ha visto envuelto a raíz de las modificaciones que afectan a la Ley de Régimen local en virtud de la última reforma de la ley de extranjería (LO 14/2003) y el Reglamento aprobado en 2005.

Al hilo de esta aproximación, el libro abunda certeramente en las contradicciones internas de los principios de la política española de inmigración. A pesar de las dudas sobre la existencia de una política migratoria europea, existe una pretensión de armonización de las distintas legislaciones nacionales sobre la materia que ponga de relieve la cohesión interna de la Unión y garantice la seguridad. De los distintos instrumentos normativos que han ido produciéndose, la mirada comunitaria sobre la inmigración pivota en torno a tres ejes: el control de los flujos migratorios, la lucha contra la inmigración clandestina y las redes de tráfico de inmigrantes y finalmente la integración. Las tres vertientes no siempre pueden conciliarse a través de políticas enderezadas a su realización; por el contrario, los dos primeros principios son el contenido de buena parte de la política exterior de la Unión, fundamentalmente a través de la protección y control de las fronteras exteriores, y a través de una lógica de gestión vinculada estrictamente a las exigencias del mercado laboral, que suele ser bastante frustrante por la imposibilidad de la contención de fronteras y el desbordamiento de la inmigración a través de vías ilegales; mientras que el contenido difuso del tercer principio no siempre es funcional a aquellos.

El principio de integración aparece así, como una pieza básica de toda política migratoria. Sin embargo, la polisemia del concepto y los instrumentos que se proponen para lograr los objetivos de integración constituyen el primer problema para calibrar el alcance de este objetivo. La legislación estatal y el plan GRECO son ejemplo de una concepción unilateral de integración, coincidente con la función social que se atribuye a una inmigración que se considera residual, instrumental y reducida a la valoración de los inmigrantes en tanto que trabajadores temporales; aunque es cierto que buena parte de los planes autonómicos de integración arrancan de un concepto distinto. Para éstos la integración es un proceso bidireccional y transitivo por el cual quedan afectadas y transformadas tanto la sociedad autóctona, cuanto la alógena y que prescribe una condición simple: la igualdad.

Precisamente, el capítulo cuarto arranca de esta perspectiva para analizar críticamente la coordinación en el espacio Schengen, como marco al que

se ha vinculado la reforma de la legislación española de extranjería respecto a las obligaciones y sanciones de los transportistas respecto a los extranjeros inmigrantes. La valoración que ofrece el texto de la obligación impuesta a los transportistas de comprobación, información y retorno, detalla un panorama complejo de indeterminaciones normativas y de principios poco claros desde el punto de vista constitucional. Los transportistas tienen la obligación de facilitar datos a las autoridades con el doble objetivo de combatir la inmigración ilegal y garantizar, de otro lado, la seguridad pública. Para comenzar la indeterminación se plantea *ab initio* por la ausencia de criterio sobre qué ha de entenderse por fronteras exteriores, esto es, terceros países de los que provienen flujos migratorios que debe especificarse por parte de las autoridades encargadas del control y da lugar a una selección de grupos considerados inmigrantes deseados o deseables y los que no lo son. En realidad, la ley y el reglamento han hecho recaer sobre los transportistas funciones de control policial, que deberían ser llevada a cabo exclusivamente por autoridades estatales y no por sujetos o entidades privadas. Otro ámbito de indefinición proviene de la ausencia de precisión a la hora de delimitar, por parte del legislador, del ámbito de aplicación de la sanción administrativa y la penal, puesto que utiliza los términos de tráfico ilegal e inmigración clandestina como sinónimos y de otro lado, pone de manifiesto una confianza excesiva en el incremento de sanciones punitivas y no tanto en la dimensión preventiva frente al tráfico de inmigrantes. Finalmente el tratamiento de datos relativos a los extranjeros inmigrantes de los que disponen los transportistas suscita en el autoras importantes dudas sobre su constitucionalidad. Las autoras nos proponen reconsiderar si y en qué medida, una vinculación estricta y permanente entre inmigración, seguridad y orden público incide directamente sobre el imaginario colectivo reforzando la ecuación según la cual a mayor inmigración ilegal implica menor seguridad. A su juicio, la inmigración ilegal ha de combatirse haciendo frente a las redes dedicadas al tráfico de inmigrantes que, contrariamente a lo que se sostiene, se encuentran en mejores condiciones cuanto más restrictivas son las posibilidades legales de acceso.

MARÍA JOSÉ AÑÓN  
Universitat de València  
e-mail: maria.j.anon@uv.es